

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



O DESPEDIMENTO POR FATO IMPUTÁVEL AO TRABALHADOR E AS REDES
SOCIAIS – CONSIDERAÇÕES ACERCA DO REGIME PORTUGUÊS E BRASILEIRO

PAULA CASTRO COLLESI

MESTRADO EM DIREITO

ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:

CIÊNCIAS JURÍDICO-LABORAIS

LISBOA

2017

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**O DESPEDIMENTO POR FATO IMPUTÁVEL AO TRABALHADOR
E AS REDES SOCIAIS – CONSIDERAÇÕES ACERCA DO REGIME PORTUGUÊS E
BRASILEIRO**

PAULA CASTRO COLLESI

Dissertação apresentado à Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa como requisito
parcial à obtenção do título de mestre em Direito
na área de Ciências Jurídico-Laborais – Ano
letivo 2014/2015

Orientador: Professor Doutor Luís Gonçalves da
Silva

LISBOA

2017

RESUMO

O instituto da justa causa, com ampla doutrina e já muito debatido pela jurisprudência, dificilmente chegar-se-á um dia em que não gerará novas discussões, por sempre depender de uma conduta humana, sendo muito difícil sua previsão, razão pela qual nunca haverá fórmula certa para sua aplicação, dependendo sempre do caso concreto, dentre as suas peculiaridades, para sua concretização.

Com a evolução da tecnologia e a *Internet* cada dia mais presente na vida das pessoas, novas questões surgem ao mundo do Direito, não sendo exceção ao Direito do Trabalho. Se, antigamente, os direitos básicos conferidos aos trabalhadores se resumiam, por exemplo, à limitação da jornada, concessão de férias e direitos decorrentes das convenções coletivas, na sociedade hodierna, pautada que está pela era digital, outros direitos tornam-se básicos, tais como os de personalidade do trabalhador, especialmente no que tange à proteção da sua vida privada no local de trabalho ou fora dele.

Antes da *Internet*, a rede social do trabalhador era de difícil acesso ao empregador, e vice-versa, não sendo comum fatos trazidos desses encontros ao conhecimento do outro. Com a nova rede social, a *on-line*, a quantidade de informações que se alcança é infinitamente maior da encontrada noutras épocas. Assim, comentários que antes se faziam do empregador ou do empregado em determinados locais físicos, hoje, se *postados* em alguma rede social, podem não só chegar mais facilmente ao acesso da parte contrária, como tomar proporções muito maiores.

Dependendo do teor do comentário, se chegar ao conhecimento do empregador de forma lícita, trará consequências ao contrato de trabalho, que poderá cessar por justa causa. Este despedimento decorrente de algum ato cometido nas redes sociais ensejará discussões interessantes antes de se aplicar a justa causa, tais como, se a prova obtida é lícita ou não, o já conhecido limite do direito de crítica será analisado diante do potencial do dano diante da rápida propagação das informações inseridas na rede social, a continuidade deste dano e a questão da preclusão do direito de punir, dentre outras que ainda estão por vir.

Palavras-chave: despedimento - justa causa – Brasil – Portugal – redes sociais.

ABSTRACT

The institute of just cause, with ample doctrine and already much debated by the jurisprudence, hardly will be at a day in which it will no longer generate new discussions because it will always depend on a human conduct, being very difficult to be predicted, reason why it will never have a right formula for its application, depending always on the concrete case, among its peculiarities for its concretization.

With the evolution of technology and the Internet increasingly present in people's lives, new issues arise in the world of Law, not being an exception to labor law. If, in the past, the basic rights conferred on workers were limited for example in the limitation of hours, the granting of holidays and vacation, rights arising from collective agreements, in today's society, based on the digital age, other rights become basic, such as worker's personality, especially with regards to the protection of their private life in the workplace or outside of it.

Before the Internet, the social network of the worker was difficult to access to the employer, and vice-versa, not being common facts brought to each other's knowledge. With the new social network, the online, the amount of information that is reached is infinitely greater than that found in other times. Thus, comments that were previously made by the employer or the employee in certain physical locations, today if posted on a social network, can not only reach the opposite side more easily but also take much larger proportions.

Before the Internet, the social network of the worker was difficult to access to the employer, and vice-versa, not being common facts brought to each other's knowledge. With the new social network, the online, the amount of information that is reached is infinitely greater than that found in other times. Thus, comments that were previously made by the employer or the employee in certain physical locations, today if posted on a social network, can not only reach the opposite side more easily but also take much larger proportions.

Keywords: dismissal – justified reason – Brazil – Portugal – social networks

Sumário

NOTAS INTRODUTÓRIAS

1.1 Evolução legislativa no Direito português

1.2 Evolução legislativa no Direito brasileiro

1.3 Pontos distintos entre os regimes

1.4 Requisitos para aplicação da justa causa

- a) Elemento subjetivo;
- b) elemento objetivo;
- c) nexó de causalidade entre os elementos anteriores.

1.5 Pontos de discussão quando o despedimento por justa causa é decorrente de atos praticados nas redes sociais

- a) Prova lícita;
- b) potencialidade do dano e sua manutenção;
- c) preclusão do Direito.

1.2 Conclusão

NOTAS INTRODUTÓRIAS.

O presente trabalho utilizará o termo despedimento por justa causa para designar o despedimento por fato imputável ao trabalhador, com o único intuito de facilitar a leitura, para que não se tenha que repetir no momento necessário a nomenclatura utilizada em Portugal e no Brasil diante da distinção existente.

Com relação ao ordenamento jurídico português, não será analisado o processo disciplinar, nem os despedimentos de trabalhadores que possuem maior tutela, com necessidade de parecer da CITE. No que tange ao Direito brasileiro, não se adentrará nas questões envolvendo empregados estáveis e os procedimentos necessários para o despedimento.

O estudo iniciará pela evolução legislativa, primeiro de Portugal e depois do Brasil, com análise das diferenças entre os regimes. Os requisitos para apuração da justa causa, por serem semelhantes, serão analisados em conjunto, passando-se a análise das discussões existentes quando este despedimento ocorre decorrente a atos praticados pelo empregado nas redes sociais.

Uma das características mais peculiares do Direito do Trabalho é o poder disciplinar do empregador¹, caracterizado pela possibilidade de aplicação de sanções aos trabalhadores, em razão de condutas reprováveis pela empresa ou irregularidade no cumprimento do contrato².

O poder disciplinar é uma faculdade dada ao empregador, podendo ser exercido ou não, admitindo-se o perdão tácito da conduta, visto que é desenvolvido dentro dos interesses da gestão e organização empresarial³. E, nesse sentido, não deve ser conceituada como uma medida meramente reparatória, mas sim uma via punitiva da conduta dentro das regras de disciplina almejadas pela empresa, no contexto da sua organização⁴.

Por tal razão, observa-se que a “ciência civil não oferece instrumentos claros de redução dogmática”⁵, sendo o poder disciplinar um dos pontos que evidencia a autonomia dogmática do Direito do Trabalho⁶, representando um instrumento que possibilita o próprio contrato de trabalho, porque somente este é capaz de preservar a subordinação do empregado, não só no modo a desempenhar o contrato, mas também no cumprimento dos deveres principais, secundários e acessórios⁷.

¹ Para um estudo aprofundado sobre o assunto. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do Poder Disciplinar*. Coimbra: Almedina, 1993.

² Palm Ramalho chama essa dualidade de conteúdo sancionatório e prescritivo, respectivamente - RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – situações laborais individuais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 743-745.

³ Romano Martinez ressalta que a discricionariedade não pode ofender o princípio da igualdade, pois não deve ser utilizada como forma de perseguição aos funcionários, devendo manter uma lógica na aplicação, não podendo um fato ser punido e outro igual não ser. *Direito do Trabalho*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017. pg. 653-654.

⁴ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 18 ed. Coimbra: Almedina, 2017. Pg. 364-365.

⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997. pg. 746. Romano Martinez entende haver precedentes nos contratos individuais do poder disciplinar, tais como, a exceção de não cumprimento de contrato, o regime de exclusão de associados, etc. Mas ressalva que “o poder disciplinar corresponde a uma autotutela com um desenvolvimento que não encontra paralelo em outros contratos”. *Ibidem*. pgs. 650-651.

⁶ Para aprofundamento da matéria: RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2000.

⁷ *Idem*. pg. 950-952.

Ademais, o poder disciplinar colide com os princípios da igualdade e da justiça pública, dado que impõe um domínio do empregador na relação de trabalho e a pena é aplicada diretamente por este⁸.

Depara-se, portanto, com um verdadeiro “poder punitivo privado, através do qual um dos sujeitos do contrato de trabalho pode *castigar* o outro contraente, caso entenda que este cometeu qualquer infração disciplinar”⁹.

As características essenciais do poder disciplinar, para PALMA RAMALHO¹⁰, são: direito subjetivo próprio e potestativo, e não um poder, dado que engloba vários poderes e não um só; direito privado; direito funcional, justificando-se pela gestão empresarial, cujo exercício é livre e não vinculado; essência ordenadora e punitiva; conteúdo egoísta, dado que é aplicado com base somente no interesse do empregador; e dominial e unilateral, pois é aplicado unicamente pelo empregador, sem necessidade de intervenção estatal.

Com relação à fundamentação do poder disciplinar, existem duas teorias¹¹, a contratualista e a institucionalista, sendo a primeira a dominante. A teoria contratualista¹²

⁸ *Ops. cit.* RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado – II*. Pg. 780. Menezes Cordeiro explica que a organização da empresa deve ser eficaz na sua direção, necessitando de sanções imediatas, não sendo crível que o Tribunal acompanhasse essa dinâmica no seio de cada unidade empresarial, razão pela qual seu controle é feito *a posteriori*. *Ops cit.. Manual (...)*. pg. 749.

⁹ AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. pg. 223.

¹⁰ *Ibidem*. pgs. 745-747.

¹¹ Romano Martinez ressalva que essas teorias não são contrapostas, mas apresentam duas perspectivas em relação ao mesmo problema, sendo complementares. *Ops. cit.* 660. No Direito brasileiro, Vólia Bomfim Cassar fala em quatro teorias: penalista, civilista, administrativa e do direito especial ou poder especial, diferenciando-se das demais em razão da autonomia dogmática do Direito do Trabalho. Esta última teoria subdivide-se em quatro: as mais comuns, contratualista e institucionalista, discutidas no corpo do texto, acrescida da teoria da propriedade (por ser o empresário o dono da propriedade dos meios de produção, o poder disciplinar seria deste) e teoria da delegação do poder público (o Estado delega o poder disciplinar ao empregador por este deter a economia do empreendimento). *Direito do Trabalho*. 11 ed revista e atualizada. São Paulo: Método, 2015. pgs. 1060-1061.

¹² Palma Ramalho aprofunda a matéria e ensina que esta teoria é dividida em concepção obrigacional, tendo como base a tradicional figura da cláusula penal para resolver a fundamentação do poder disciplinar, e a concepção contratualista autônoma, a qual afasta a questão da cláusula penal, mas justifica por outros meios, dividindo-se em variante estrutural (subordinação ao poder diretivo do empregador, sendo o poder disciplinar corolário daquele), legal (por o poder disciplinar decorrer da própria lei) e organizacional (abrangendo o fator da organização da empresa). Fala ainda da moderna corrente da concepção convencional, as quais valorizam as convenções coletivas como base do poder disciplinar, o que não é o caso do Direito português, diante da expressa disposição legal nesse sentido. A referida autora se posiciona no sentido que: “a justificação do poder disciplinar laboral é uma justificação de índole negocial, porque é

fundamenta o poder disciplinar no próprio contrato de trabalho, pois este é o que assegura ao empregador a posição de autoridade sobre o trabalhador, ao passo que a teoria institucionalista acredita estar na organização empresarial o fundamento do poder disciplinar, sendo o empregador mero chefe da organização.

MENEZES CORDEIRO acrescenta, ainda, quanto à natureza do poder disciplinar, três pontos: “motivações técnico-sociais que levam ao estabelecimento, nos diversos ordenamentos, do poder disciplinar; a base jurídica positiva do poder disciplinar e sua natureza dogmática”¹³.

O primeiro ponto consiste num olhar às necessidades empresariais, não sendo possível a aplicação de uma fórmula pronta para resolução dos conflitos, pois cada empresa tem o seu funcionamento, não se excluindo as relações de trabalho menos complexas, como a microempresa. A aplicação da sanção disciplinar deve ser imediata, tanto nas atividades mais simples como nas mais complexas¹⁴.

No segundo ponto analisa-se qual a posição do legislador com relação ao poder disciplinar: se dispôs sobre a matéria (como no caso português) ou se deixou as partes regularem a respeito (por exemplo, a Alemanha)¹⁵.

O terceiro ponto verifica-se a identificação da figura do poder disciplinar com outros ramos do Direito e, como já visto acima, conclui-se ser uma figura unitária, sem correspondência aos outros institutos de Direito Civil, apesar de algumas semelhanças¹⁶.

encontrada no próprio contrato de trabalho, mas pode ser concebida autonomamente, no sentido em que não decorre da justificação do poder diretivo, e assenta nos aspectos mais singulares do contrato de trabalho, que são evidenciados na zona laboral do vínculo (as componentes de personalidade e organizacional e o débito alargado que resulta destas componentes para cada uma das partes). Obs. cit. *Tratado II (...)* pgs. 779 – 792 (citação feita encontra-se nesta página).

¹³ *Ops Cit. Manual (...)*. pg. 761.

¹⁴ *Idem.* pg. 761.

¹⁵ *Idem.* pg. 761-762.

¹⁶ O referido autor analisou a questão sobre os pontos das sanções de repreensão, o despedimento por justa causa e as sanções intermediárias, chegando à conclusão de que, separadamente, estas figuras existem, mas nenhuma possui um poder unitário como o poder disciplinar, pois as diversas sanções interligam-se por elas mesmas. *Idem.* pgs. 762-763.

A legislação portuguesa e a brasileira reconhecem o poder disciplinar, bem como os instrumentos de regulamentação coletiva, que são frequentemente utilizados para estipulação de regras sobre o conteúdo substancial e o procedimento a ser aplicado, a fim de mitigar a discricionariedade do empregador¹⁷ e dar maior garantia aos trabalhadores de como deverão proceder em determinadas situações.

Em ambas as legislações o poder disciplinar está inserido no próprio conceito de contrato de trabalho (artigo 11 do Código de Trabalho Português de 2009 e artigo 2 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT)¹⁸, por ambos os artigos fazerem menção à autoridade do empregador ao empregado. No Direito português há ainda menção expressa desse poder, consoante art. 98 do CT.

Por se tratar de uma violação do contrato (seja pela indisciplina ou pela aplicação errônea às instruções no desenvolvimento do contrato), no Direito português regula-se também esta matéria no capítulo IV - incumprimento contratual¹⁹, nos artigos 328 e seguintes. No Direito brasileiro não há previsão de normas sobre o incumprimento contratual, limitando-se a elencar causas gerais de justa causa aplicada ao empregado no art. 482 da CLT.

No que concerne à titularidade do poder disciplinar, esta é exclusiva do empregador, que poderá delegar o exercício deste direito não somente aos superiores hierárquicos, nos termos do número 4 do artigo 329 do CT de 2009 (sem disposição no Direito brasileiro, mas adota-se o mesmo entendimento), mas também a terceiros, como, nomeação de advogado externo ao quadro de funcionários da empresa para conduzir processo judicial atinente a ela. Mas a decisão final, todavia, será tomada

¹⁷ *Ops. cit.* RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado – II*. p. 738.

¹⁸ Pedro Romano Martinez resalta a inexistência do poder disciplinar nos contratos de trabalho não empresariais, tais como, os serviços domésticos, onde a regulamentação dos artigos 98 e 328 e ss do CT perdem o sentido. MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho ops. cit.* pgs. 652. Maria do Rosário discorda desse posicionamento, entendendo que o poder disciplinar nesses casos pode ser simplificado, mas é mantida a sua importância. *Ibidem.* pg. 739.

¹⁹ Nem sempre foi assim. Na Lei do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho (Decreto-Lei n. 49.408, de 24 de Novembro de 1969, mais conhecida como LCT) a matéria era tratada na parte de direitos e deveres das partes no contrato de trabalho (artigo 26 e ss), tendo sido incluída no incumprimento do contrato pelo Código do Trabalho de 2003. No Código atual, verifica-se que a matéria é atribuída a posição do empregador, alheia ao poder de direção, mas também incluída na parte de incumprimento do contrato. Maria do Rosário concorda com a posição do atual Código – ver pgs. 739-743. *Ibidem.*

pelo empregador²⁰, com exceção aos casos da cedência ocasional de trabalhadores, aplicando-se o dispositivo legal analogicamente a este caso²¹.

Uma vez decidido se há necessidade de punição, será aplicada ao trabalhador uma sanção disciplinar que, em ambos os ordenamentos jurídicos, não encontra definição legal deste conceito²², utilizando-se, como parâmetro, o incumprimento dos deveres do empregado, consoante artigo 128, n. 1, do CT (sem correspondência no Direito brasileiro), juntamente com as hipóteses previstas de justa causa, elencadas no artigo 351 do CT e artigo 482 da CLT.

No Direito brasileiro não se classificam as sanções, mas doutrina e jurisprudência admitem as figuras da advertência verbal ou escrita, suspensão e, em último lugar, a justa causa. O Direito lusitano considera as sanções disciplinares no artigo 328²³, que são: repreensão, repreensão registrada, sanção pecuniária, perda de direito de férias, suspensão do trabalho com perda de retribuição e antiguidade e despedimento sem indenização ou compensação.

Há de se guardar relação entre a gravidade da infração e a culpabilidade do infrator (art. 330, n. 1 do CT de 2009), devendo corresponder infrações leves a sanções de igual ordem²⁴, sob pena de ser considerada abusiva, caso enquadrada nas hipóteses do n. 1 do artigo 331, com aplicação da penalidade disposta no n. 6 do mesmo artigo. No Direito brasileiro não há previsão legal, como dito no parágrafo anterior, mas a doutrina e a

²⁰ Nesse sentido Romano Martinez. *Ops. cit.* pg. 654.

²¹ Posição defendida por Palma Ramalho. *Ops. cit.* pg. 749.

²² No Direito português, apesar do Código do Trabalho não definir, o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem funções públicas definia o conceito no n. 1 do art. 3: “Considera-se infração disciplinar o comportamento do trabalhador, por acção ou omissão, ainda que meramente culposos, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce.” Este diploma foi revogado pela Lei 35/2014, que não repetiu a definição.

²³ Menezes Cordeiro chama atenção ao rol não taxativo das infrações, sendo comum que as convenções coletivas de trabalho acrescentem outros tipos de infrações disciplinares. *Ops. cit. Manual (...)*. pg. 758. No mesmo sentido, Palma Ramalho, que acrescenta não ser possível a modificação deste rol através do contrato de trabalho, qualificando-se a norma como convênio-dispositivas. *Ops. cit. Tratado II*. pg. 756.

²⁴ Antônio Lamarca chama de princípio da proporcionalidade da falta, devendo manter correspondência à conduta do trabalhador com a punição aplicável. *Contrato Individual de Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. Pg. 378.

jurisprudência seguem o mesmo entendimento da lei portuguesa, em atenção ao princípio da proporcionalidade das sanções, situação que será exposta no item da justa causa.

Para que o funcionário não seja eternamente ameaçado com uma sanção em razão de um fato, a legislação portuguesa previu um prazo de um ano da prática da infração, ou no prazo de prescrição da lei penal se o fato constituir igualmente crime (n. 1 art. 329 do CT). O procedimento disciplinar deve iniciar-se sessenta dias subsequente àquele em que o empregador ou o superior hierárquico tiveram conhecimento da infração. O Direito brasileiro não prevê na legislação um prazo, sendo regulado pela jurisprudência e, por ter ligação ao despedimento por justa causa, será devidamente abordado no momento de estudo posterior.

Como aplicação máxima do poder disciplinar encontra-se o despedimento por fato imputável ao trabalhador (termo legal utilizado em Portugal) ou despedimento por justa causa (expressão do Direito brasileiro). Válido, portanto, o estudo da evolução desse instituto nos dois países.

1.1. Evolução legislativa no Direito português

No Direito português, o Código de Seabra fez as primeiras considerações sobre o trabalho subordinado existente à época, classificando o trabalho como doméstico e *salariado* (termo disposto na lei), respectivamente, nos artigos 1370 a 1391 e 1395.

Nos dois tipos de contrato as partes possuíam ampla liberdade para ruptura contratual, sem ser necessária a exposição de motivos para tanto²⁵, não havendo na legislação a previsão do aviso prévio²⁶.

Todavia, a cessação do vínculo só poderia ocorrer antes do término do “tempo certo” (expressão legal) se fosse por justa causa²⁷ (o art. 1376 sobre a justa causa para o trabalhador e art. 1380 sobre a justa causa para o empregador), omitindo-se a legislação

²⁵ *Ops. cit.* RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado II (...)*. p. 890.

²⁶ *Ops. cit.* CORDEIRO, António Menezes. *Manual (...)*. p.

²⁷ O artigo 1376 previa a impossibilidade de término do contrato pelo trabalhador antes do tempo previsto, salvo se fosse por justa causa, e o artigo 1380 para o término antes do prazo para o empregador.

sobre o conceito de justa causa, somente elencando as causas que ensejariam a rescisão antecipada.

O despedimento do trabalhador por justa causa ocorria pela: “1- a inhabilidade do serviçal para o serviço ajustado; 2- os seus vícios e moléstias ou mau procedimento; 3- a quebra ou a falta de recursos do ano.”, consoante previsão do artigo 1381. Observa-se, por oportuno, que o último motivo não está ligado à conduta do trabalhador, mas sim com fatos alheios a este.

Assim, verificava-se a preocupação das partes em saber qual o período da prestação, a fim de impedir que fossem surpreendidas com a ruptura abrupta, sendo a justa causa o único meio a justificar essa perda da garantia do tempo já determinado.

O contrato de trabalho somente foi tratado em diploma legal autônomo em 1937, com a edição da Lei 1.952 de 10 de março, cuja definição foi feita no art. 1º, como uma convenção em que uma pessoa se obriga a prestar atividade profissional para outra, de forma remunerada e sob suas ordens, direção e fiscalização.

A referida legislação previa três formas de cessação do contrato: sem justa causa e com aviso prévio, com justa causa, e sem justa causa e sem aviso prévio (vinculado ao pagamento de uma indenização correspondente ao período do aviso prévio, previstos nos artigos 10º a 13º).

Da mesma forma que o Código de Seabra, as partes possuíam liberdade na rescisão contratual, mas neste novo diploma foi previsto o aviso prévio nos contratos por

prazo indeterminado²⁸ somente nos casos em que os assalariados trabalhassem em empresas comerciais e industriais, com mais de dois anos de “bom e efetivo serviço”²⁹.

A duração do aviso prévio variava conforme tempo do contrato: de um mês, quando o contrato tiver menos de três anos; de dois meses, se tiver duração de mais de três, mas menos de dez anos; de quatro meses, para mais de dez e menos de quinze anos; e de seis meses para contratos com mais de quinze anos de duração. Quando era o empregado a pedir demissão, os prazos contavam-se pela metade, em nítida proteção.

Por inexistir um prazo para o término do contrato, o prévio aviso correspondia (e corresponde até hoje) a um mecanismo de salvaguarda para ambos os contratantes, visando a impedir, de um lado, que o trabalhador parasse de receber abruptamente seus salários e, de outro, que o empregador fosse prejudicado na sua organização e processo produtivo³⁰. O ponto é ressaltado em razão da importante ligação com o despedimento por justa causa neste momento, pois a justa causa não representava justificação ao despedimento, mas sim a possibilidade de haver denúncia unilateral sem necessidade de cumprimento de aviso prévio³¹.

Desta forma, havia a limitação do despedimento imediato³², com exceção da justa causa, que, diante da urgência da cessação do contrato, nem mesmo no período de aviso prévio poder-se-ia aceitar³³.

²⁸ Raul Ventura, em estudo no Direito Comparado, observa a distinção entre despedimento regular e irregular feito pelo Direito alemão, consistindo o primeiro no despedimento por declaração unilateral imotivada, mas acompanhada com um prévio aviso e a segunda no despedimento ligado a uma certa gravidade não estando vinculado ao prévio aviso. A posição do legislador português optou por esta definição, distinguindo a extinção do contrato por tempo indeterminado, onde ambas as hipóteses são previstas, e a extinção do contrato por prazo determinado, incidindo somente a segunda opção. VENTURA, Raul, *Lições de Direito do Trabalho*, In AAVV. *Estudos em homenagem ao prof. Raúl Ventura*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003. Pgs. 644-647.

²⁹ Art. 14 da Lei 1.952/1937.

³⁰ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Da justa causa de despedimento no contrato de trabalho*. Separata do volume XIV do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1965. p. 38.

³¹ Salvo se houvesse determinação em sentido contrário em convenções coletivas, o que em Portugal já existia, na esteira do que ocorria na legislação de países como França e Alemanha, onde o despedimento somente poderia ocorrer como justificativa deste, em razão da segurança no emprego, conforme aponta Bernardo Xavier, *O despedimento ... ops. Cit.* P. 41 e ss.

³² *Ops. cit.* XAVIER, Bernardo da (...), pgs. 38-39.

³³ *Ops. cit.* FERNANDES, António Monteiro. (...) p. 22.

Pela primeira vez, a lei utilizou como critério da justa causa a “inexigibilidade da continuação do vínculo”, trazendo os valores de urgência e imediatidade³⁴ no rompimento do contrato³⁵ no parágrafo único do artigo 11, deixando ao arbítrio do juiz a existência ou não da justa causa, “tendo sempre em atenção o caráter das relações entre dirigentes e subordinados, a condição social e o grau de educação de uns e outros e as demais circunstâncias do caso”, conforme *caput* do art. 11.

Como rol de motivos ensejadores da justa causa, a legislação criou um ambiente comum ao empregado e empregador separando as que seriam exclusivas para cada um. No rol comum, enquadram-se as situações de moléstias contagiosas ou doença prolongada, ofensa à honra e dignidade de ambas as partes³⁶, falência ou insolvência civil da empresa.

Na alínea “b” do art. 12 estipulou a justa causa exclusiva para o empregador: “1- A manifesta inaptidão do empregado para o serviço ajustado; 2- os vícios e o mau procedimento do empregado³⁷, designadamente a inobservância das necessárias regras de disciplina no trabalho³⁸; 3- a recusa do empregado a prestar serviço indicado pela entidade patronal, nos limites da sua faculdade de direção”.

Válido ressaltar que o legislador optou por acrescentar mais situações de incumprimento dos deveres pelas partes em comparação ao regime anterior, além de uma maior especificidade quando a justa causa fosse aplicada pelo empregador do que a justa

³⁴ Com relação ao termo imediatidade, Raul Ventura defende que não seria o fato considerado imediato, mas sim a denúncia do contrato ser imediata, pois esta produzia seus efeitos no mesmo momento e não o fato em si. Não há na lei tempo médio entre o fato e a denúncia, mas entre um e outro não deve existir muito tempo pois desconfiguraria a insubsistência do contrato, requisito essencial da justa causa. VENTURA, Raul, *Lições (...) obs. cit.* pgs. 648-649.

³⁵ *Ops. cit.* FERNANDES, Antônio Monteiro. (...) p. 22/23.

³⁶ Nesse sentido, o TTA considerou justa causa o empregado chamar de *cínico* o patrão, durante uma discussão com sua mulher, mas na ausência dele, bem como o fato de um empregado embriagado ter afirmado que o hotel em que prestava serviço possui comida ruim e mau serviço. VENTURA, Raul, *Lições (...) obs. cit.* pgs. 652.

³⁷ O TTA entendeu que para mau procedimento não seria o desrespeito de todas as normas de disciplina, mas as necessárias. VENTURA, Raul, *Lições (...) obs. cit.* pgs. 653.

³⁸ O TTA considerou justa causa um empregado que trabalhava em um Banco e se recusou a assinar um castigo que conspirou injusto, mesmo após o secretário-geral do banco ter informado que não assinar importava numa falta de respeito à Administração. VENTURA, Raul, *Lições (...) obs. cit.* pgs. 653.

causa promovida pelo empregado, que permanecia com teor mais amplo³⁹, o que justifica a preocupação com o trabalhador visto que a sociedade tornava-se mais industrial e o empregador não mais era doméstico, mas uma empresa, assumindo os riscos do negócio⁴⁰.

Apesar de existir um rol de motivos ensejadores⁴¹ da justa causa, o que se deveria levar em consideração era a impossibilidade⁴² de subsistência do contrato, ou seja, a projeção deste fato no contrato de trabalho, sendo este o principal motivo para que o contrato se encerrasse, mas não o motivo em si, pois o caso deveria ser analisado com suas peculiaridades, razão pela qual foi deixado ao critério do juiz a verificação entre dirigentes e assalariados (*caput* do art. 11), além do que seria impossível prever todas as possibilidades da justa causa⁴³.

Adotou-se, assim, o sistema exemplificativo de justa causa⁴⁴, podendo ser aplicadas ao caso outras hipóteses que não as previstas em lei, mas desde que preencha os requisitos da cláusula geral.

As ideias traçadas por esta lei permaneceram as mesmas no Decreto-Lei n. 49.408, de 24 de Novembro de 1969 (Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, mais conhecida como LCT), a continuar o mesmo modelo de cessação do diploma anterior, disposto no artigo 98: acordo (alínea a), caducidade (alínea b), rescisão por qualquer das partes, com justa causa (alínea c) ou denúncia com aviso prévio, nos contratos sem prazos

³⁹ Art. 12 alínea “a” - 1. A necessidade de cumprir quaisquer obrigações legais incompatíveis com a continuação de serviço; 2. A mudança do local de trabalho para sítio que não convenha ao empregado; 3. A falta de pagamento, na forma convencionada, do ordenado ou remuneração devido.

⁴⁰ *Ops. cit.* CORDEIRO, António Menezes. *Manual (...)*. Pg. 806-807.

⁴¹ Na época, algumas convenções coletivas já incluíam motivos além dos previstos em lei para configuração da justa causa, desde que não fossem prejudiciais ao empregado, em razão do art. 6 do Decreto 35173, que previa que a convenção coletiva só poderia prever situações mais benéficas aos trabalhadores. *Ops. cit.* XAVIER, Bernardo da *O despedimento (...)*, pgs. 59 -63.

⁴² O termo foi criticado na época tendo em vista que o fato poderia ter existido, mas a relação laboral poderia ter sido mantida. Mas como defende Bernardo Xavier, em *O despedimento ... ops. Cit.* Pgs. 63-65, não teria motivos para reparo, tendo em vista que o legislador conceituou como impossibilidade o mal-estar contratual, que autorizaria a inexistência de aviso prévio.

⁴³ *Ops. cit.* XAVIER, Bernardo da (...), pgs. 59 -63.

⁴⁴ *Ops. Cit.* VENTURA, Raul, *Lições (...)*. pgs. 652.

ou de longa duração (contratos a prazo com mais de quatro anos, sendo esta uma novidade com relação à Lei de 1937).

Apesar de não estar disposto no citado artigo 98, a modalidade de cessação sem justa causa e sem aviso prévio estava previsto no artigo 107, n. 4 e 109, nos mesmos moldes da Lei anterior, ou seja, com a necessidade de pagamento do período correspondente ao aviso prévio não dado. Desta forma, a denúncia era discricionária com obrigação de compensar a parte contrária⁴⁵.

O artigo 101 conceituava a justa causa para ambas as partes, considerando “qualquer fato ou circunstância grave que torne praticamente impossível a subsistência das relações que o contrato de trabalho pressupõe, nomeadamente a falta de cumprimento dos deveres previstos nos artigos 19 e 20.” Os artigos 19 e 20 estabeleciam os deveres dos empregadores e empregados durante a relação laboral.

No artigo 102 foi indicado o rol dos motivos ensejadores da justa causa: “a) a manifesta inaptidão do trabalhador para as funções ajustadas; b) a desobediência ilegítima às ordens da entidade patronal ou superiores hierárquicos; c) inobservância reiterada das regras de higiene e segurança do trabalho; d) a influência perniciosa no ambiente de trabalho, nomeadamente por efeito de vida e costumes desonestos; e) a provocação repetida de conflitos com seus companheiros ou o abuso de autoridade para com os seus subordinados; f) a incitação à indisciplina geral; g) a lesão culposa de interesses patrimoniais sérios da entidade patronal; h) a ofensa à honra e dignidade da entidade patronal ou dos superiores hierárquicos; i) a conduta intencional do trabalhador de forma a levar a entidade patronal a pôr termo ao contrato.”

Do antigo diploma para este, observa-se que houve a inclusão de outros motivos ensejadores, mas na essência permaneciam os mesmos. Em uma análise dos três diplomas legais especificados, verifica-se que a justa causa não estava ligada tão somente ao incumprimento culposos dos deveres de ambas as partes. A tipificação de condutas que tornavam impossível a continuação do contrato era independente de culpa ou

⁴⁵ *Ops. cit.* MARTINEZ. Pedro Romano. *Direito do Trabalho (...)*. Pg. 921.

cumprimentos dos deveres legais de cada um, havendo a diferenciação da justa causa objetiva (motivos alheios à conduta das partes) e subjetiva (relativa à conduta das partes) desde o início da legislação.

Todavia, pela evolução legislativa no que tange aos comportamentos que embasariam a justa causa, percebe-se a tendência de alargamento de motivos decorrentes do incumprimento contratual e a diminuição de situações de justa causa objetiva⁴⁶.

Ressaltamos, nesse sentido, a essência da justa causa, qual seja, a impossibilidade de continuação do contrato de trabalho por um “motivo atendível”⁴⁷, não importando necessariamente a um comportamento culposo das partes, estando as partes livres para cessação do contrato, sendo o despedimento imotivado ou *ad nutum*⁴⁸.

Com a edição do Decreto-Lei n. 292/1975, de 16 de junho, suspendeu-se a faculdade em fazer cessar o vínculo laboral pelo prazo de trinta dias por decisão unilateral do empregador, salvo nos casos de justa causa por infração disciplinar e desde que houvesse procedimento disciplinar por escrito com entrega da nota de culpa⁴⁹ e dia da audiência (artigo 21 e 23), ou seja, não seria possível a dispensa do empregado sem qualquer motivo.

Apesar de modificar radicalmente a permissividade no despedimento a uma maior rigidez de um momento ao outro, o legislador português somente acompanhou o que já ocorria nos demais países europeus, para assegurar maior segurança no emprego⁵⁰.

E em meio a esta corrente protecionista, trinta dias após a edição do decreto acima mencionado, foi cumprida a determinação legal do art. 22 deste diploma, sendo

⁴⁶ VASCONCELOS, Joana. *O conceito de justa causa de despedimento – evolução legislativa e situação actual*. In Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Vol. II, Almedina: Coimbra, 2001. pg. 18-19.

⁴⁷ *Ops. cit.* RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado II (...)*. p. 951.

⁴⁸ MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação do contrato de trabalho*. 4. Ed. Cascais: Principia, 2017. pg. 155.

⁴⁹ A previsão da entrega da nota de culpa foi inovadora nesta legislação, tornando mais claro que o despedimento somente teria validade se entregue ao trabalhador, constituindo o despedimento uma declaração de vontade recipianda, somente produzindo efeitos depois de entregue, não podendo o empregador voltar atrás da sua decisão, diferente do que ocorre quando há aviso prévio no despedimento. *Cfr.* MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação (...)* pg. 151.

⁵⁰ *Obs. cit.* CORDEIRO, António Menezes. *Manual (...)*pg. 807.

promulgado novo Decreto-Lei n. 372-A/75, mais conhecida como Lei dos Despedimentos, o qual proibiu a cessação do contrato pelo empregador sem justa causa, introduzindo o princípio da justificação dos despedimentos⁵¹, limitando o livre exercício do empregador ao despedir.

Neste novo diploma legal, a cessação do contrato de trabalho somente seria possível por acordo, caducidade, despedimento promovido pela entidade patronal ou gestor público com justa causa ou motivo atendível ou rescisão pelo empregado (artigo 4 do Decreto-Lei 372-A/75).

A justa causa aplicada pelo empregador assumia outro conceito das legislações anteriores: “Considera-se justa causa o comportamento culposos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, constitua infracção disciplinar que não comporte a aplicação de outra sanção admitida por lei ou instrumento de regulamentação colectiva”, conforme n. 1 do art. 10 da Lei dos Despedimentos.

Como comportamentos dos trabalhadores, considerava-se justa causa: “a) desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores; b) violação de direitos e garantias de trabalhadores e seus subordinados; c) a provocação repetida de conflitos com os camaradas de trabalho; d) o desinteresse repetido pelo cumprimento das obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho que lhe esteja confiado, com a diligência devida; e) a lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa; f) a falta reiterada e injustificada à prestação do trabalho; g) a falta culposa de observância das normas de higiene e segurança no trabalho; h) a prática intencional de actos lesivos da economia nacional.”

O motivo atendível, definido pelo art. 14, n. 1, rezava que: “o facto, situação ou circunstância objetiva, ligado à pessoa do trabalhador ou à empresa que, dentro dos

⁵¹ *Obs. cit.* VASCONCELOS, Joana. *O conceito (...)*. pg. 22.

condicionalismos da economia da empresa, torne contrária aos interesses globais da economia a manutenção da relação de trabalho.”⁵²

Houve, portanto, uma cisão da justa causa, permanecendo o conceito legal de justa causa aos elementos subjetivos - um fato grave culposo do trabalhador -, ao passo que o conceito de motivo atendível passou a corresponder aos elementos objetivos ligados à pessoa do trabalhador ou da empresa⁵³, tornando-se a justa causa um despedimento eminentemente disciplinar⁵⁴, tendo sido introduzido, no artigo 11, a instauração de processo disciplinar.

E, principalmente, a justa causa deixa de ser um mecanismo para ruptura contratual com dispensa do aviso prévio ou o tempo determinado, mas passa a “desempenhar o papel de uma condição *sine qua non* da validade do despedimento: a inexistência de justa causa não deixava de pé outra possibilidade de desvinculação individual”⁵⁵. Institui-se o “princípio da necessidade de motivação de todos os despedimentos”⁵⁶.

A Lei dos Despedimentos incorporou o princípio da processualização⁵⁷, ou seja, condicionou a eficácia do despedimento por justa causa a um processo disciplinar (art. 11) e ainda incluiu a nulidade do despedimento quando faltar fundamento ou irregularidade no processo disciplinar (art. 12)⁵⁸, possibilitando a reintegração no emprego em caso de declaração de ilicitude (n. 2 art. 12).

É importante salientar que o artigo 31 estabelecia que as disposições legais não poderiam ser modificadas por contrato ou convenção coletiva, representando, portanto,

⁵² Conforme n. 3 do art 14, era considerado como motivo atendível: “a) a necessidade de extinção do posto de trabalho; b) a manifesta inaptidão e impossibilidade de preparação do trabalhador para as modificações tecnológicas que afectem o posto de trabalho”.

⁵³ *Ops. Cit.* MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação (...)*. pg. 156.

⁵⁴ Para Palma Ramalho, a definição de justa causa foi reconduzida “à exigência de uma infração disciplinar grave do trabalhador como motivação do despedimento por iniciativa do empregador – por outras palavras, o despedimento era necessariamente disciplinar (art. 9º)”. *Ops. cit* p. 891.

⁵⁵ *Ops. Cit.* FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho (...)*. 17 ed, 2014. Pg. 511.

⁵⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho*. 2 ed. actualizada e revisada. Verbo, 2014. Pg. 721.

⁵⁷ *Ops. cit* FERNANDES, António Monteiro. *A justa causa de (...)* p. 24/25.

⁵⁸ *Ops. cit* RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (...) p. 891.

uma norma de imperatividade fixa⁵⁹, diferentemente do que ocorria nos regimes anteriores, onde a convenção coletiva poderia acrescentar motivos ensejadores da justa causa⁶⁰.

Após seis meses da entrada em vigor da Lei dos Despedimento, editou-se o Decreto-Lei 84, de 28 de Janeiro de 1976, o qual, segundo *considerandos* feitos no seu preâmbulo, considerou necessário rever alguns aspectos do decreto anterior, principalmente “a supressão da matéria respeitante ao despedimento por motivo atendível”, “em virtude de a prática ter demonstrado que o referido tipo de despedimento se revelou inadequado à defesa da estabilidade do emprego, motivando a contestação generalizada dos trabalhadores”⁶¹.

O referido Decreto então extinguiu a possibilidade de despedimento por motivo atendível⁶², incorporou o despedimento coletivo antes previsto no Decreto-Lei 783/76⁶³, não alterou a definição de justa causa, mas restringiu ainda mais as hipóteses de despedimentos⁶⁴.

Alcançou-se, assim, o momento de maior rigidez do sistema, com a radicalização da proteção ao emprego⁶⁵, tendo em vista não ser mais possível o despedimento por outros

⁵⁹ Ou injuntiva, conforme Bernardo Xavier *Curso de Direito do Trabalho*. Verbo, 2004. Pg. 629 ou de ordem pública, conforme o Direito brasileiro, ou imperativas com pretensão de aplicação absoluta ou efetiva, por António Menezes Cordeiro, *Obs. cit.* CORDEIRO, António Menezes. *Manual (...)* pg. 214 e ss.

⁶⁰ Vide nota 23.

⁶¹ Menezes Cordeiro justifica essa alteração como forma de compensar as críticas feitas pela opinião pública pelas cedências ocorridas no final de 1975 pela esquerda não comunista. *Obs. cit.* CORDEIRO, António Menezes. *Manual (...)* 1997. pg. 809.

⁶² Foi incorporada na Lei dos Despedimentos a legislação já existente com relação ao despedimento coletivo (Decreto-lei n. 783/74), instituto diverso do despedimento por motivo atendível, a fim de unificar os diplomas relativos ao despedimento.

⁶³ No âmbito da União Europeia, em 1975 a Diretiva 75/129/CE foi criada para aproximação das legislações dos Estados membros respeitantes aos despedimentos coletivos. Mais tarde, foi aprovada outra Diretiva 97/59/CE e a Diretiva 97/59 para aproximação das legislações com relação ao despedimento coletivo.

⁶⁴ Alteração do número 2 do art. 10 – “Poderão nomeadamente constituir justa causa os seguintes comportamentos do trabalhador: a) inobservância repetida e injustificada das regras e directivas referentes ao modo de executar a prestação de trabalho, com a diligência devida; b) violação de direitos e garantias de trabalhadores sob a sua direcção; c) provocação repetida de conflitos com os camaradas de trabalho; d) lesão culposa de interesses patrimoniais sérios da empresa; e) falta reiterada e injustificada à prestação do trabalho; f) inobservância culposa e repetida das normas de higiene e segurança no trabalho.”

⁶⁵ O termo radical ou radicalização é muito utilizado na doutrina, como exemplo *Ops. Cit.* MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação (...)*. pg. 156 e *Obs. cit.* VASCONCELOS, Joana. *O conceito (...)*. pg. 25. *Ops. cit.* XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de (...)* 2014. Pg. 722.

fatos imputáveis aos trabalhadores, como a inaptidão ou incompetência, ou à empresa, restringindo-se o despedimento por fatos exclusivamente disciplinares⁶⁶.

A seguir, a tendência introduzida pela Lei dos Despedimentos, o princípio da proibição dos despedimentos sem justa causa ganhou força constitucional ao ser tipificado no artigo 52⁶⁷, quando da promulgação da nova Constituição da República Portuguesa de 1976.

Diante das reações negativas dos empregadores quanto à restrita possibilidade de despedimento e a situação de injustiça para com os próprios trabalhadores desempregados ou à procura do primeiro emprego, não foi possível a manutenção da legislação então em vigor⁶⁸.

Ainda em 1976, a Lei dos Despedimentos foi alterada para uma ampliação do conceito de justa causa⁶⁹, por meio do Decreto-Lei 841-C, retirando-se o termo “constitua infracção disciplinar que não comporte a aplicação de outra sanção admitida por lei ou instrumento de regulamentação colectiva”⁷⁰, e ampliando a numeração de situações

⁶⁶ Apesar de o governo ter restringido excessivamente o despedimento, em 28 de outubro de 1976, através do Decreto-Lei n. 781/76, foi aprovada nova legislação de contratos a prazo, “não se exigindo qualquer justificação para a limitação da duração do contrato, o que permitiu que os novos empregos revestissem, sobretudo, a forma de contrato por prazo determinado. Desta forma, criou-se uma ligação entre a legislação sobre os despedimentos e a regulamentação do contrato de trabalho a prazo, funcionando esta como contrapartida daquela.” *Ops. cit.* XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de (...)* 2014. Pg. 722-723. Monteiro Fernandes também ressalta este ponto ao afirmar que: “De modo geral e muito esquemático, poderá reconhecer-se, no complexo normativo que a este respeito se estratificou em 1975/1976, uma combinação de bloqueio dos despedimentos e certa facilitação do recrutamento precário;” *Ops. cit.* FERNANDES, António Fernandes. *Direito (...)* pg. 483.

⁶⁷ Hoje disposto no artigo 53 da Constituição da República Portuguesa.

⁶⁸ *Obs. cit.* VASCONCELOS, Joana. *O conceito (...)*. pg. 25-26. Menezes Cordeiro explica que a grande existência de contratos a termo para burlar o regime de despedimentos, além da pressão do empresariado, auxiliaram na separação do Partido Socialista e Social Democrata que, após consequentes vitórias do Partido Social Democrata, criaram condições políticas para alteração do regime de despedimentos. *Obs. cit.* CORDEIRO, António Menezes. *Manual (...)* 1997. pg. 811.

⁶⁹ No preâmbulo, justificou-se a necessidade de retificação do conceito da justa causa, diante da rigidez do sistema, o que desestimulou a contratação.

⁷⁰ Para Bernardo Xavier, o conceito de justa causa nesse momento era menos restrito que o utilizado na LCT, sendo o atual muito mais vasto, diante das restrições impostas ao despedimento, visto que na época da LCT a justa causa representava somente o não pagamento do prévio aviso, ao passo que no atual regime o despedimento para ser válido somente poderia ocorrer por justa causa. XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Justa causa de despedimento: conceito e ónus da prova*. RDES, ano XXX, 1988, (III da 2. Série). pg. 24 e ss.

ensejadoras de justa causa⁷¹. A retirada deste termo possibilitou o despedimento para situações não disciplinares envolvendo as condutas extralaborais que justificassem a impossibilidade de manutenção do vínculo, como o crime de homicídio contra familiar do patrão⁷².

Em 1977, a Lei n. 48 de 11 de julho⁷³ alterou novamente a exemplificação do art. 10⁷⁴ e facilitou o processo de despedimento, extinguindo as duas espécies de procedimento (especial e ordinário).

Em 1978 foi publicada no Diário da República, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens – DUDH cujo preâmbulo considerou que “na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declararam resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla”, conferindo, no artigo 23, o quanto segue: “1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego. 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. Quem

⁷¹ Art. 10 .n. 2.”Constituirão, nomeadamente, justa causa de despedimento os seguintes comportamentos do trabalhador: a) desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores; b) violação de direitos e garantias de trabalhadores da empresa; c) provocação repetida de conflitos com outros trabalhadores da empresa; d) desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, das obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho que lhe esteja confiado; e) lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa, nomeadamente o furto, retenção ilícita, desvio, destruição ou depredação intencional de bens pertencentes à empresa; f) prática intencional de actos lesivos da economia nacional; g) faltas não justificadas ao trabalho que determinem directamente prejuízos ou riscos graves para a empresa ou, independentemente de qualquer prejuízo ou risco, quando o número de faltas injustificadas atingir, em cada ano, cinco seguidas ou dez interpoladas; h) falta culposa da observância de normas de higiene e segurança no trabalho; i) prática de violências físicas, de injúrias ou outras ofensas punidas por lei sobre trabalhadores da empresa, elementos dos corpos sociais ou sobre a entidade patronal individual não pertencente aos mesmos órgãos, seus delegados ou representantes; j) sequestro e em geral crimes contra a liberdade das pessoas referidas na alínea anterior; l) incumprimento ou oposição ao cumprimento de decisões judiciais ou actos administrativos definitivos e executórios; m) reduções anormais da produtividade do trabalhador; n) falsas declarações relativas à justificação de faltas.”

⁷² *Obs. cit.* XAVIER, Bernardo. *Justa causa de despedimento: conceito (...)*. 24 e ss.

⁷³ Primeiramente, essas alterações foram feitas pelo Decreto-Lei 841-E, tendo sido invertida pela Lei citada.

⁷⁴ Art. 10, n. 1 – “e) lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa; f) prática intencional, no âmbito da empresa, de actos lesivos da economia nacional; (...) i) prática, no âmbito da empresa, de violências físicas, de injúrias ou outras ofensas punidas por lei sobre trabalhadores da empresa, elementos dos corpos sociais ou sobre a entidade patronal individual não pertencente aos mesmos órgãos, seus delegados ou representantes.

trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social. 4. Toda pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para a defesa dos seus interesses.”

Apesar de o legislador infraconstitucional ter feito pequenas alterações legislativas para aligeirar a rigidez da justa causa, em 1982 o princípio da segurança no emprego ganhou maior reforço, pois foi alterado do Capítulo II - direitos e deveres económicos para o Capítulo III - direitos à liberdade e garantias dos trabalhadores, na forma do art. 53.

Com essa alteração, a incumbência da protecção ao emprego deixa de ser do Estado, pois antes se encontrava entre os “direitos económicos, sociais e culturais”, para constituir direitos fundamentais dos trabalhadores⁷⁵, o que não pode deixar de significar um acrescido reforço da segurança no emprego como expressão directa do direito ao trabalho, como, aliás, foi unanimemente reconhecido pelo plenário da Assembleia da República, aquando da aprovação do texto da revisão constitucional (cf. Diário da Assembleia da República, 1.ª série, n.º 104, de 18 de Junho de 1982)⁷⁶.

Além disso, GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE apontam três dimensões essenciais ao direito da segurança no emprego decorrentes dessa alteração: direcção material autónoma do direito ao trabalho e à profissão, prevalência desse direito em caso de colisão com outros, mesmo que constitucionais, por ter valor eminente e tutela

⁷⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira ressaltam essa alteração como “um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz abandono de uma concepção tradicional dos “direitos, liberdades e garantias” como direitos do *homem* ou *cidadão*, genérico e abstratos, fazendo intervir também o *trabalhador* (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade”. CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4 ed revista. Coimbra: Coimbra Editoria, 2007. pg. 705.

⁷⁶ Trecho extraído do Acórdão n. 107/88. Consultado em 28 de Janeiro de 2017, extraído de – <https://dre.tretas.org/dre/42584/acordao-107-88-de-21-de-junho>.

constitucional à limitação ao despedimento, com eficácia direta à entidade patronal⁷⁷, em razão da sujeição ao regime do art. 18 da Lei Fundamental.

Em seguida, foi formulada a proposta de Lei n. 81/V⁷⁸, a fim de rever o regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho, do contrato de trabalho a termo e o regime processual da suspensão e redução da prestação do trabalho. Dentre essas modificações foram considerados o alargamento do conceito de justa causa, para abranger também fatos, situações ou circunstâncias que inviabilizam a relação de trabalho⁷⁹ e estejam ligadas à aptidão do trabalhador ou sejam fundados em motivos económicos, tecnológicos, estruturais ou de mercado, relativos à empresa, estabelecimento ou serviço, legitimando os despedimentos por fatos não ligados à conduta do trabalhador.

Em razão do preceito constitucional da segurança no emprego, o Presidente da República enviou o decreto para apreciação do Tribunal Constitucional acerca da constitucionalidade das medidas a serem adotadas, tendo sido proferido o Acórdão n. 107/1988, o qual considerou inconstitucional o alargamento do conceito da justa causa, bem como a substituição de reintegração por despedimento ilícito em indenização.

Com relação à declaração de inconstitucionalidade declarada a respeito do conceito de justa causa, foi verificada a essência em que o conceito de justa causa foi proposto, com estudo das propostas de redação feitas por todos os partidos, esclarecendo que: “Como em qualquer outro conceito constitucional, existe, é certo, uma determinada margem de liberdade de configuração legislativa concreta de justa causa. O que o

⁷⁷ CANOTILHO, J.J. GOMES e LEITE, Jorge. *A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos*, in AAVV, estudo em Homenagem ao Professor Doutor A. Ferrer-Correia, Vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991. Pg. 520.

⁷⁸ Sob o n. 35/V sendo aprovada pela Assembleia da República como Decreto n. 81V. *Obs. cit.* CORDEIRO, António Menezes. *Manual (...)* 1997. pg. 809.

⁷⁹ Nesse sentido, o artigo 10 do projecto de Decreto-Lei do Governo previa: “1. Constituem justa causa para despedimento: a) comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, para além, designadamente, dos comportamentos previsto; b) os factos e situações ou circunstâncias que inviabilizam a relação de trabalho, previstos nos artigos 18 e 27.” O artigo 18 considerava justa causa de despedimento motivos objetivos como a “inaptidão do trabalhador para desempenhar suas funções, inadaptação às modificações tecnológicas, a necessidade de extinguir o posto de trabalho por razões económicas, tecnológicas, estruturais ou de mercado, desaparecimento de especial confiança requerida para funções de alta direção e representação.” *Obs. cit.* CORDEIRO, António Menezes. *Manual (...)* 1997. pg. 812.

legislador não pode, porém, é transfigurar o conceito, de modo a fazer com que ele cubra dimensões essenciais e qualitativamente distintas daquelas que caracterizam a sua intenção jurídico-normativa.”⁸⁰

E, pelo entendimento dos juízes, “o seu alargamento a factos, situações ou circunstâncias objetivas de todo alheias a qualquer comportamento culposos do trabalhador não deixará de envolver a sua transmutação substancial.”⁸¹ Foi, assim, “densificado”⁸² o conceito da justa causa, restringindo-o somente a questões subjetivas.

Por se tratar de um direito constitucional formal, o texto e contexto devem ser analisados dentro dos valores jurídico-constitucionais portugueses, “não se podendo fazer “tábua-rasa” das normas constitucionais por um programa jurídico-eleitoral”⁸³.

Não obstante tenha afastado o alargamento do conceito de justa causa, o Tribunal Constitucional admitiu o despedimento coletivo, adotando-se uma “solução formal”⁸⁴, não impedindo desta forma os elementos objetivos⁸⁵, tendo vetado somente a inclusão desses no conceito de justa causa, sinalizado para uma “diversificação dos regimes”⁸⁶.

Desta forma, foi aprovada a Lei n. 107/1988, que autorizou o governo a legislar sobre a matéria de cessação, e dispôs em seu artigo 2, alínea “a”: “previsão de formas de cessação do contrato de trabalho com base em causas objetivas não imputáveis a culpa do trabalhador, fundadas em motivos económicos, tecnológicos, estruturais ou de

⁸⁰ Trecho extraído do Acórdão n. 107/88. Consultado em 28 de Janeiro de 2017, extraído de – <https://dre.tretas.org/dre/42584/acordao-107-88-de-21-de-junho>.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² MENEZES, António Menezes. *Inovações e Aspectos Constitucionais sobre o anteprojeto de Código de Trabalho*. In Código do Trabalho – Pareceres, Vol. III. Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2004. pg. 68.

⁸³ *Ops. cit.* CANOTILHO, J.J. GOMES e LEITE, Jorge. *A inconstitucionalidade (...)*. Pg. 521.

⁸⁴ BAPTISTA, Albino Mendes. *Jurisprudência do Trabalho anotada – relação individual do trabalho*. 2 ed. Lisboa: Editores e Livrários. 1996. pg. 728.

⁸⁵ Para Bernardo Xavier (*A extinção do contrato de trabalho*, RDES, Julho-Dezembro, 1989, p. 412 e ss), Pedro Furtado Martins (*Despedimento ilícito, reintegração na empresa e dever de ocupação efectiva*, Suplemento da Revista da Universidade Católica, 1992, pg. 15 e ss), Albino Mendes Baptista (*Ops. Cit.* pg. 729 e 728) e António Menezes Cordeiro (*Ops. Cit.*) Pg. 814 e ss., a Constituição somente proibiu os despedimentos arbitrários, *ad nutum*, sem razão.

⁸⁶ *Obs. cit.* CORDEIRO, António Menezes. *Manual (...)* 1997. pg. 814 e ss.

mercado, relativos à empresa, estabelecimento ou serviço que, em cada caso concreto tornem praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, (...)”.

Por meio do Decreto-Lei 64-A/89, foi readmitido o despedimento por extinção do posto de trabalho, mas por outro lado, foram restringidos os motivos para contratação a prazo⁸⁷.

O conceito de justa causa permaneceu o mesmo⁸⁸, dispondo de algumas balizas para a consideração da licitude no despedimento, no número 5 do art. 12: “5 - Para

⁸⁷ Na visão de Bernardo Xavier, ao fazer uma avaliação da nova legislação, não teria agradado nenhuma das partes. *Ops. cit.* XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de (...)* 2014. Pg. 723. No preâmbulo da legislação, justificou-se essa limitação da contratação a termo em razão da preocupação com o aumento desse tipo de contrato e sua precarização: “A empresa, no mundo moderno, tem de ser essencialmente um local de realização pessoal e profissional de todos os que aí exercem actividade. Daí que os elementos potenciadores de conflitualidade devam ser, tanto quanto possível, eliminados, de modo que a segurança e estabilidade no emprego sejam compatíveis com os indispensáveis esforços de modernização. Quando se procura forçar de uma forma nítida a actuação num desses componentes, como tem sido o caso da rigidificação da posição dos trabalhadores que integram os quadros efectivos das empresas, acaba por se favorecer, como no caso português, a generalização da contratação a termo, com a instabilidade e a precariedade que lhes são inerentes, assim como se criam condições propiciadoras do aparecimento de sobrecustos por unidade ou bem produzido, afectando gravemente a competitividade da economia. Da experiência vivida resulta, assim, claramente, que há que dotar o sistema de elementos de equilíbrio, consistência e exequibilidade, objectivos que presidiram, numa óptica evolutiva, a um programa de revisão da legislação de trabalho.” Mas também se demonstrou a necessidade de uma menor rigidez no despedimento: “Assim, na revisão do regime jurídico da cessação do contrato de trabalho houve a preocupação de não fomentar o desenvolvimento de estruturas rigidificantes, que, na prática, acabam por impossibilitar as empresas de se adaptarem às exigências externas ou, em alternativa, acabam por lhes impor obrigações que, frequentes vezes, podem pôr em causa a própria subsistência. E mostra a experiência que, numa perspectiva de aumento do volume de emprego, um proteccionismo excessivo desta natureza acaba por ter repercussões negativas no acesso ao emprego de outros trabalhadores, afectando o próprio emprego global.”

⁸⁸ “Art. 9. 1 – O comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho constitui justa causa de despedimento. 2 – Constituirão, nomeadamente, justa causa de despedimento os seguintes comportamentos do trabalhador: a) desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores; b) violação de direitos e garantias de trabalhadores da empresa; c) provocação repetida de conflitos com outros trabalhadores da empresa; d) desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, das obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho que lhe esteja confiado; e) lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa; f) prática intencional, no âmbito da empresa, de actos lesivos da economia nacional; g) faltas não justificadas ao trabalho que determinem directamente prejuízos ou riscos graves para a empresa ou, independentemente de qualquer prejuízo ou risco, quando o número de faltas injustificadas atingir, em cada ano, cinco seguidas ou dez interpoladas; h) falta culposa de observância de normas de higiene e segurança no trabalho; i) prática, no âmbito da empresa, de violências físicas, de injúrias ou outras ofensas punidas por lei sobre trabalhadores da empresa, elementos dos corpos sociais ou sobre a entidade patronal individual não pertencente aos mesmos órgãos, seus delegados ou representantes; j) sequestro e em geral crimes contra a liberdade das pessoas referidas na alínea anterior; l) incumprimento ou oposição ao cumprimento de decisões judiciais ou actos administrativos definitivos e executórios; m) reduções anormais da produtividade do trabalhador; n) falsas declarações relativas à justificação de faltas.

apreciação da justa causa deve o tribunal atender, no quadro da gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses da entidade empregadora, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes”.

Quase dois anos mais tarde, em 1991, foi aprovada medida conhecida como segundo pacote laboral⁸⁹ (Decreto-Lei n. 400/1991)⁹⁰, que admitiu o despedimento por inadaptação do trabalhador. Retorna ao ordenamento o motivo atendível, agora claramente diverso do conceito de justa causa, que permanece densificado e que, mesmo sem definição pela Constituição, é aceito como conceito “pré-constitucional”⁹¹.

Portugal ratificou⁹² a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho em 1994, a qual determina no artigo 4⁹³ que não se dará término na relação contratual do trabalho sem motivo, a menos que seja ligada à capacidade ou ao comportamento ou às necessidades de funcionamento da empresa.

Em 1999, por meio da Carta Social Europeia, os Estados-Membros reconheceram no artigo 24: “O direito de os trabalhadores não serem despedidos sem motivo válido ligado à sua aptidão ou ao comportamento, ou baseado nas necessidades de funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço” e “O direito dos trabalhadores despedidos sem motivo válido a uma indemnização adequada ou à outra reparação apropriada.”, sendo considerada a proteção contra o despedimento sem justa

⁸⁹ *Ops. cit.* XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de (...)*2014. Pg. 722.

⁹⁰ A referida legislação também passou por controle prévio de constitucionalidade, feito pelo Acórdão n. 64, de 4 de abril de 1991, onde foi aprofundada a doutrina emanada do Acórdão n. 107/1988, com relação aos despedimentos por causa objetivas, sendo considerada constitucional a norma proposta. Transcreve-se um trecho do referido Acórdão: “(...) deve-se entender que, ao lado de justa causa <disciplinar>, a Constituição não vedou em absoluto ao legislador ordinário a consagração de certas causas de rescisão unilateral do contrato pela entidade patronal com base em motivos objetivos, desde que as mesmas não derivem de culpa do empregador ou trabalhador e que tornem praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral.”

⁹¹ *Ops. Cit.* BAPTISTA, Albino Mendes. *Jurisprudência (...)*. pg. 728 cita Gomes Cantilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pg. 54-55.

⁹² D. P. R. 68/94, de 27 de maio.

⁹³ Art. 4. “Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.”

causa um direito fundamental no âmbito da União Europeia em 2000, através da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consoante artigo 30⁹⁴.

Somente em 2003 a lei foi modificada, em razão da necessidade de flexibilização e “sistematização da legislação laboral”⁹⁵, ocorrendo a codificação das leis do trabalho e não apenas uma consolidação das normas legais, tendo as normas sido “ordenadas em função de critérios jurídico-científico”⁹⁶ com a promulgação do primeiro Código do Trabalho de Portugal.

As modalidades de cessação previstas foram por caducidade, revogação, resolução e denúncia, conforme artigo 384. No que tange a matéria de justa causa, seu conceito permaneceu incólume⁹⁷, com alteração da nomenclatura para despedimento por facto imputável ao trabalhador; no que se refere à tipificação, deixou de ser considerada justa causa a prática intencional, no âmbito da empresa, de atos lesivos da economia nacional (alínea *f* do diploma anterior), para serem consideradas “Falsas declarações

⁹⁴ Art. 30 – “Todos os trabalhadores têm direito à protecção contra os despedimentos sem justa causa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.”

⁹⁵ ABRANTES, José João. *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. Pg. 10.

⁹⁶ *Ops. cit.* MENEZES, António Menezes. *Inovações (...)*. pg. 21.

⁹⁷ Art. 396 1 - O comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho constitui justa causa de despedimento. 2 - Para apreciação da justa causa deve atender-se, no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes. 3 - Constituem, nomeadamente, justa causa de despedimento os seguintes comportamentos do trabalhador: a) desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores; b) violação dos direitos e garantias de trabalhadores da empresa; c) provocação repetida de conflitos com outros trabalhadores da empresa; d) desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, das obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho que lhe esteja confiado; e) lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa; f) falsas declarações relativas à justificação de faltas; g) faltas não justificadas ao trabalho que determinem directamente prejuízos ou riscos graves para a empresa ou, independentemente de qualquer prejuízo ou risco, quando o número de faltas injustificadas atingir, em cada ano civil, cinco seguidas ou dez interpoladas; h) falta culposa de observância das regras de higiene e segurança no trabalho; i) prática, no âmbito da empresa, de violências físicas, de injúrias ou outras ofensas punidas por lei sobre trabalhadores da empresa, elementos dos corpos sociais ou sobre o empregador individual não pertencente aos mesmos órgãos, seus delegados ou representantes; j) sequestro e em geral crimes contra a liberdade das pessoas referidas na alínea anterior; l) incumprimento ou oposição ao cumprimento de decisões judiciais ou administrativas; m) reduções anormais de produtividade.

relativas à justificação de faltas” (nova alínea f), com a supressão do termo “definitivos e executórios” da alínea l sobre os atos administrativos⁹⁸.

A cláusula geral de apreciação da justa causa prevista no n. 1 deve ser interpretada com o auxílio do n. 3⁹⁹, não mais sendo prevista em artigo separado, como no diploma anterior (art. 12 n. 5), representando “justificável alteração sistemática”¹⁰⁰.

Foi possibilitada a oposição do empregador à reintegração em caso de micro e pequenas empresas e em cargos de administração ou direção, desde que o regresso seja gravemente prejudicial e perturbador para a atividade empresarial, bem como a possibilidade de reabertura do processo disciplinar caso seja considerado ilícito por nulidade do procedimento¹⁰¹.

No Código do Trabalho de 2009, a reabertura do processo disciplinar foi revogada e dispôs que a instrução do processo disciplinar passaria a ser facultativa. Todavia, esse preceito foi declarado inconstitucional em 22 de Setembro de 2010 por meio do Acórdão n. 338/2010 e, através da revisão do Código feita em 2012, retornou-se à obrigatoriedade nos exatos termos previsto no Código Anterior. O conceito permaneceu o mesmo, bem como as tipificações das condutas, sendo tratado nos artigos 351 a 358.

1.2. Evolução legislativa no Direito brasileiro

A primeira legislação a dispor sobre justa causa foi o Código Comercial de 1850, no art. 84 que previa: “com respeito aos preponentes serão causas suficientes para

⁹⁸ No anteprojeto estava prevista a redução do número de faltas seguidas e interpoladas, de cinco e dez para quatro e oito, respectivamente, além da inclusão de atrasos injustificados superiores a trinta minutos. Esta alteração foi pretendida como meio de barrar o absentismo, fenómeno crescente que reduz a produtividade nas empresas e que, na opinião de António Menezes Cordeiro e Luís Menezes Leitão, mereciam a atenção do legislador. *Obs. cit. Inovações e Aspectos (...)* pg. 65 e 366.

⁹⁹ n. 3 – “Na apreciação da justa causa, deve atender-se, no quadro da gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes.

¹⁰⁰ MARTINEZ, Pedro Romano. MONTEIRO, Luís Miguel. VASCONSELOS, Joana. BRITO, Pedro Madeira de. DRAY, Guilherme. SILVA, Luís Gonçalves da. *Código do Trabalho anotado*. 11 ed. Coimbra: Almedina, 2017. pg. 816.

¹⁰¹ Com relação a essas novidades, Menezes Cordeiro, Paulo Otero, Luís Menezes Leitão opinam pela constitucionalidade das duas medidas, Jorge Bacelar Gouveia pela inconstitucionalidade da primeira e constitucionalidade da segunda e José João Abrantes pela inconstitucionalidade de ambas. Ver Código do Trabalho – Pareceres, Vol. III. Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2004.

despedir os prepostos, sem embargo de ajuste por tempo certo: (1) as causas referidas no artigo precedente; (2) incapacidade para desempenhar os deveres e obrigações a que se sujeitaram; (3) todo ato de fraude, ou abuso de confiança; (4) negociação por conta própria ou alheia sem permissão do proponente”. Verifica-se que o item 2 representava a desídia, o 3 improbidade e 4 negociação habitual¹⁰². O referido Código admitia expressamente a locação de serviço¹⁰³, utilizado aos empregados.

Na época do Brasil Império (1822-1889), o trabalho era desenvolvido na agricultura, onde os escravos atuavam como força de trabalho e, mesmo após a abolição da escravatura em 1888¹⁰⁴ e a instauração da Primeira República (1889-1930), não era possível afirmar existir um problema social, permanecendo a discussão no campo teórico pelas leituras dos problemas existentes na Europa¹⁰⁵.

Em pensamento contrário ao da época, Costa Machado (1893) e Moraes e Barros (1895 e 1899) entendiam que os trabalhadores necessitavam de leis próprias, tendo formulado projetos para o trabalho rural, o qual foi vetado pelo Presidente, sob a justificativa que o serviço de locação agrícola era baseado no Direito Civil; e o Estado não poderia intervir na liberdade de contratação¹⁰⁶.

¹⁰² MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual da Justa causa*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29.

¹⁰³ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil – comentado por Clóvis Bevilacqua*. Edição histórica, 3 ed., Vol II. Rio de Janeiro: ED. Rio de Janeiro, 1977. Pg. 322.

¹⁰⁴ Mediante assinatura da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888.

¹⁰⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. I, 19 ed. Atualizada. São Paulo: LTr, 2000. pg. 51-52.

¹⁰⁶ *Ops. cit.* pg. 52. Vale a transcrição de trecho do veto: “Segundo o princípio da igualdade perante a lei, a locação de serviço agrícola deve ser regulada pelos princípios do direito comum e não por um regime processual e penal de exceção”.

Nas sociedades civilizadas, a atividade humana se exerce em quase todas as formas sob o regime do contrato.

Intervir o Estado na formação dos contratos é restringir a liberdade e a atividade individual nas suas mais elevadas e constantes manifestações, é limitar o livre-exercício das profissões, garantidas em toda a sua plenitude pelo art. 73, §24 da Constituição. O papel do Estado nos regimes livres é assistir como simples espectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as consequências dos contratos livremente realizados. Por essa forma, o Estado não limita, não diminui, mas amplia a ação da liberdade e da atividade individual, garantidos os seus efeitos. É inconveniente porque a lei se baseia no desconhecimento dos princípios econômicos.

O trabalho humano foge sempre à regulamentação, procurando pontos onde ele pode exercer-se livremente ...”

No início do século XX, os legisladores iniciaram interesse pela vida do proletário, até que em 1915 foi formulado o projeto do primeiro Código do Trabalho, o qual trazia a definição do contrato de trabalho como: “convênio pelo qual uma pessoa se obriga a trabalhar sob a autoridade, direção e vigilância de um chefe de uma empresa ou patrão, mediante uma remuneração, diária, semanal ou quinzenal, paga por este, calculada em proporção ao tempo empregado, à quantidade, qualidade e valor da obra ou serviço, ou sob quaisquer outras bases não proibidas por lei.”¹⁰⁷

Prevvia também a extinção do contrato por justa causa e sem justa causa, estando o empregador obrigado, nesses casos, ao pagamento do aviso prévio de oito dias.

Referido projeto não vingou, sendo o contrato de trabalho regulado como locação de serviços nos artigos 1216 a 1235 no Código Civil de 1916. A locação de serviço era definida como: “Toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, por ser contratada mediante retribuição”, consoante redação do art. 1216.

Era possível a rescisão do contrato por prazo indeterminado, sem qualquer justificativa, desde que mediante aviso prévio, para ambas as partes¹⁰⁸. Nos contratos por tempo determinado, a ruptura contratual não poderia ocorrer sem justa causa antes de findo o prazo, sob pena de pagamento de uma indenização¹⁰⁹.

A justa causa somente era aplicada nos contratos por prazo determinado¹¹⁰, escusando-se o empregado ou empregador de pagamento da indenização. Era considerada justa causa de despedimento, conforme art. 1229: “I. Força maior que o impossibilite de cumprir suas obrigações. II. Ofender o locador na honra de pessoa de sua família. III.

¹⁰⁷ *Idem*. Pgs. 53-56.

¹⁰⁸ Artigo 1221 – Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante aviso prévio, pode rescindir o contrato. Dar-se-á o aviso: I – Com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais. II - Com antecipação de quatro dias, se o salário for ajustado por semana, ou quinzena. III - De véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.

¹⁰⁹ Art 1225 – O locador por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, ou concluída a obra (art. 1.220). Parágrafo único. Se se despedir sem justa causa, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos.

¹¹⁰ *Obs. Cit.* BEVILAQUA. Clóvis. *Código Civil dos (...)*. pg. 336-337 e 339.

Enfermidade, ou qualquer outra causa, que torne o locador incapaz dos serviços contratados. IV. Vícios, ou mau procedimento do locador. V. Falta do locador à observância do contrato. VI. Imperícia do locador no serviço contratado”¹¹¹.

A locação dos serviços domésticos era disposta em legislação avulsa ao Código Civil, através do Decreto n. 16.107, de 30 de Julho de 1923. A justa causa era disposta no art. 14, com rol de motivos idênticos ao do Código Civil.

Com o advento da primeira Guerra Mundial, a classe operária mostrou seu poder e sua importância, tendo influenciado os trabalhadores de todo o mundo, inclusive no Brasil. Em razão dessa influência, o Brasil iniciou seu processo de proteção aos empregados, com a edição de algumas leis, , como exemplo, direito a férias e ao trabalho do menor. Em 1930, apesar de ter sido operado um golpe de Estado, onde o presidente eleito Júlio Prestes não assumiu a presidência, mas sim Getúlio Vargas, este novo representante trouxe grande conquista aos trabalhadores, com a elaboração de diversas leis do trabalho.

O Decreto n. 20.465 de 1º de outubro de 1931 dispunha sobre a aposentadoria e pensões aos servidores públicos de “luz, força, telégrafos, telefones, portos, água, esgotos ou outros que venham a ser considerados como pais, quando explorados diretamente pela União, pelos Estados, Municípios ou por empresas (...)”¹¹², conforme artigo primeiro. O artigo 53 previu a estabilidade no emprego aos empregados com mais de dez anos de contrato, podendo ser demitidos somente se por falta grave.

¹¹¹ Otto Gil menciona que Clóvis Bevilacqua fez duras críticas pela opção do legislador em distinguir a justa causa aplicada pelo empregado e pelo empregador e adotar o sistema taxativo de justa causa (enumeração exaustiva feito pelo legislador de quais as hipóteses de justa causa), defendendo o sistema genérico (sem especificar as hipóteses, determinando apenas uma regra geral e abstrata), como adotado pelo Código Suíço da época: “todas as circunstâncias, que, em razão da moralidade ou em virtude das regras de boa autorização uma das partes a não mais executar o contrato. O Juiz apreciará esses motivos...” GIL, Otton. *A dispensa dos empregados da indústria e do comércio*. In Doutrinas Essenciais – Direito do Trabalho e Seguridade Social. Vol. II – Contrato de Trabalho. DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pg. 1.121.

¹¹² Extraído de: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20465-1-outubro-1931-500674-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 28-05-2017.

Não se conceituou a falta grave, tendo sido exposto um rol de motivos considerados graves, consoante art. 54: “a) qualquer a de improbidade, que torne o empregado incompatível com serviço da empresa; b) embriaguez habitual ou em serviço; c) mal procedimento ou desídia árbitro ao no desempenho das respectivas funções; d) violação do segredo do qual, por força do cargo, o empregado esteja de posse; e) atos reiterados de indisciplina ou atos graves de insubordinação; f) abandono do serviço sem causa justificada; g) atos lesivos da honra e boa fama praticados, em serviço, contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em casa de legítima defesa própria ou de outrem.”¹¹³

O artigo 90 do Decreto n. 22.872/1933 também determinava estabilidade aos empregados marítimos com mais de dez anos de contrato com a mesma empresa, só podendo ser demitido por falta grave¹¹⁴, também sem conceituação, com a indicação de idêntico rol da legislação de 1931.

Em 1935, foi editada a Lei n. 62 de 5 de Junho, a primeira sobre a cessação do contrato de trabalho dos empregados na indústria ou comércio¹¹⁵, a qual lhes assegurou uma indenização quando não existisse prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato de trabalho e quando for despedido sem justa causa¹¹⁶. A referida legislação

¹¹³ Extraído de: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20465-1-outubro-1931-500674-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 28-05-2017.

¹¹⁴ “Art. 90. Considera-se falta grave: a) qualquer ato de improbidade que torne o empregado incompatível com o serviço da empresa; b) embriaguez habitual ou em serviço; c) mau procedimento ou desídia habitual no desempenho das respectivas funções; d) violação de segredo de que o empregado tenha conhecimento por força do cargo; e) atos de indisciplina ou de insubordinação; f) abandono de serviço sem causa justificada; g) atos lesivos da honra e boa fama praticados no serviço, contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.”

¹¹⁵ Esta lei foi criada a fim de se igualar ao nível de proteção entre os empregados públicos e os empregados da indústria e do comércio. Nesta época, os juristas já pleiteavam um Código do Trabalho em razão das dificuldades encontradas na análise e localização da legislação que, após serem publicadas no Diário Oficial, não encontravam seus exemplares, pois se esgotavam rapidamente, sendo ignorada por seus beneficiários. As relações de trabalho eram disciplinadas pelos artigos 226 e 81 e 82 do Código Comercial, pelos artigos 1.216 a 1.236 do Código Civil, pelos artigos 53 a 55 do Decreto n. 20.465 de 1931, pelos artigos 90 a 96 do Decreto 183 de 1934, pelos art. 15 e 16 do Decreto 24.615 de 1934 e pelos art. 101 a 109 do Código de Menores. *Obs. cit.* GIL, Otton. *A dispensa (...)* Pg. 1.115-1.116.

¹¹⁶ Os trabalhadores a prazo certo não possuíam este direito, sendo condição *sine qua non* que o contrato não seja a prazo e que a dispensa ocorra sem justa causa, sendo regulada contratação a termo no art. 7 desta lei, bem como os artigos 1.225, 1.227 e 1.228 do Código Civil, como já referimos acima. *Idem.* Pg. 1116.

também garantiu estabilidade após dez anos de serviço¹¹⁷, prevendo uma indenização no caso de dispensa sem justa causa nos contratos com prazo indeterminado.

Esta indenização somente não seria devida se o contrato fosse rescindido por justa causa. Na esteira das legislações anteriores, não foi feito um conceito de justa causa, tendo sido exposta uma lista de motivos, similares com o das legislações anteriores, mas com a supressão da imperícia dos funcionários¹¹⁸, prevista no art. 1.229 VI do Código Civil, mas com acréscimo de outros, tais como, “negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador, violação de segredo de que o empregado tenha conhecimento por força do cargo, prática constante de jogos de azar e força maior que impossibilite o empregador de manter o contrato de trabalho”¹¹⁹.

Nos parágrafos seguintes ao art. 5 a Lei definiu o que seria força maior, como a “supressão do emprego ou cargo, por motivo de economia aconselhada pelas condições econômicas e financeiras do empregador e determinada pela diminuição de negócios ou restrição da atividade comercial” (parágrafo 1) ou “quando se tratar de uma providência de ordem geral que atinja a todos os empregados e na mesma proporção dos vencimentos de cada um, ou se caracterize pelo fechamento de um estabelecimento, ou filial, em

¹¹⁷ Conforme Art. 10. “Os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadorias e pensões têm criado, desde que contenham dez anos de serviço efetivos no mesmo estabelecimento, nos termos desta Lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do art. 5º.”

A referida indenização não correspondia ao aviso prévio, sendo calculada com base em “um mês de ordenado por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses”, conforme artigo 2. O aviso prévio era previsto também nesta legislação, correspondendo a um direito exclusivo do empregado e não do empregador - “Art. 6º O empregado deverá dar aviso prévio ao empregador, com o prazo mínimo de trinta dias, quando desejar retirar-se do emprego. A falta do aviso prévio o sujeita ao desconto de um mês de ordenado ou do duodécimo do total das comissões percebidas nos últimos doze meses de serviço.”

¹¹⁸ Essa supressão foi criticada, pois se agora o empregado com mais de dez anos possuía estabilidade, este motivo jamais poderia ser retirado, uma vez que, se a imperícia causar dano, pode até ser responsabilizada criminalmente. *Idem*. Pg. 1119.

¹¹⁹ “Art. 5º São causas justas para despedida: a) qualquer ato de improbidade ou incontinência de conduta, que torne o empregado incompatível com o serviço; b) negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador; c) mau procedimento, ou ato de desídia no desempenho das respectivas funções; d) embriaguez habitual ou em serviço; e) violação de segredo de que o empregado tenha conhecimento; f) ato de indisciplina ou insubordinação; g) abandono de serviço sem causa justificada; h) ato lesivo da honra e boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; i) prática constante de jogos de azar; j) força maior que impossibilite o empregador de manter o contrato de trabalho.”

relação aos empregados destes, ou supressão de um determinado ramo de negócio.” (parágrafo 2).

Observa-se que a justa causa passou a possibilitar a dispensa sem a necessidade de pagamento da indenização arbitrada nos casos de dispensa sem motivo; por motivo atinente à pessoa do trabalhador; ou casos alheios à vontade do emprego, denominada de força maior. Também foi previsto um processo disciplinar para apuração da falta grave, com a suspensão do funcionário até decisão final¹²⁰.

Em face da quantidade de leis esparsas sobre o Direito do Trabalho, decretadas em períodos jurídico-políticos distintos, dificultando a consulta e interpretações destas, foi autorizado pelo Presidente Getúlio Vargas a designação de comissão, com dez membros, presidida por este, para elaboração de anteprojeto de Consolidação das Leis do Trabalho e de Previdência Social, por meio da Portaria n. 791, de 29.1.1942¹²¹.

Por meio do Decreto-lei n. 5.492, foi aprovada em 1º de maio (Dia dos Trabalhadores) a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT¹²², com publicação somente no Diário Oficial em 9 de Agosto¹²³, com entrada em vigor três meses depois (10.11.1943), em razão da *vacatio legis*.

Embora não ter sido expressamente conceituada, a justa causa foi tratada pelo legislador no artigo 482 da CLT¹²⁴ que reordenou o rol de hipóteses, retirou os motivos

¹²⁰ A redação deste artigo Art. 13 dispunha – “O empregado que for acusado de falta grave poderá ser suspenso, até decisão final do processo de investigação. Parágrafo único. Provada a inexistência de falta grave, o empregado readmitido receberá integralmente os vencimentos e vantagens a que teria direito se não houvesse sido suspenso.” Como se observa, não era disposto como proceder a investigação, quem era o responsável, se necessitava ser perante uma autoridade ou se caberia recurso da decisão final, tendo a doutrina apontado para uma melhora na legislação. *Obs. cit. GIL, Otton. A dispensa (...).* pg. 1120.

¹²¹ *Ops. cit. SUSSEKIND, Arnaldo. (...).* pgs. 61.

¹²² Por se tratar de uma consolidação, as alterações não poderiam ser substanciais, limitando-se a unificação de leis esparsas em um único texto, mas também procurou-se refletir as tendências da doutrina e da jurisprudência da época quanto às matérias. Em razão do momento político vivido, também era necessária que a legislação refletisse o pensamento do Governo. SAMPAIO, Aluysio. *Sobre o anteprojeto da Consolidação das leis do trabalho. In Doutrinas Essenciais – Direito do Trabalho e Seguridade Social. Vol. II – Contrato de Trabalho.* DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pg. 29.

¹²³ O atraso na publicação se deu aos questionamentos feitos ao Presidente da República por associações e um Ministro de Estado, que foram todos rejeitados. *Idem.* pg. 62.

¹²⁴ “Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria

de força maior, restringiu o conceito de justa causa a fatos imputáveis ao trabalhador exclusivamente e, por fim, incluiu nova hipótese de demissão sem justa causa, qual seja a condenação criminal do empregado, com ação transitada em julgado.

1.3. Pontos distintos entre os regimes

Por meio da evolução legislativa, ressaltam-se dois pontos diferentes no regime de justa causa em Portugal e no Brasil. O primeiro diz respeito ao sistema adotado pelo legislador na justa causa e o segundo à forma de declaração do despedimento.

Desde o 1.952 de 10 de Março de 1937, o sistema de tipificação legal da justa causa em Portugal adotou o caráter exemplificativo, tendo o legislador se limitado a descrever condutas exemplificativas que dariam ensejo à justa causa.

O legislador brasileiro adotou posição diversa, preferindo o sistema taxativo¹²⁵, onde somente a lei poderá prever quais situações se enquadrarão como justa causa, não autorizando outras normas nesse sentido.

ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgamento, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar.”

¹²⁵ A posição doutrinária é dominante nesse sentido, com divisão apenas no que tange ao esgotamento pelo rol do art. 482 ou outros tipos legais que também preveem a justa causa, não tendo exclusividade o art. 482. O argumento da primeira corrente é no sentido das outras normas legais se enquadrarem na enumeração do art. 482, sendo redundantes as demais. Em defesa dessa corrente: Wagner Giglio (*Justa Causa*. 4 ed. São Paulo: LTR, 1993, p. 18), Sérgio Pinto (*Ops. cit. Manual da Justa causa*. (...) p. 35). Mozart Victor Russomano (*Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 209) e Alice Monteiro de Barros (*Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2017, pg. 582). A segunda corrente é majoritária e defendida por Dorval Lacerda (*A falta grave no Direito do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1976, p. 14-28.), Arnaldo Sussekind (*Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 327), Délio Maranhão (*Obs. cit. Instituições* (...), p. 156) Rodrigues Pinto (*Curso de Direito Individual do Trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003. pg. 520), Amauri Mascaro Nascimento (*Curso de Direito do Trabalho*, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 248) Evaristo Moraes (*a justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. P. 44), Maurício Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017. Pg. 1358), Gabriel Saad (*CLT Comentada*. 37 ed. São Paulo: LTr, 2004. P. 354). e Orlando Gomes (*Curso de Direito do Trabalho*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 383) e Vólia Bomfim Cassar (*Direito do Trabalho*, 11 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Método,

No que tange ao segundo ponto, o despedimento no Brasil e em Portugal correspondem a uma declaração unilateral, de caráter receptício¹²⁶ e constitutiva¹²⁷, pois independem de apreciação judicial, tendo “efeitos por si mesmo”¹²⁸, com exceção de alguns casos¹²⁹.

Num primeiro momento, o despedimento em Portugal e no Brasil correspondiam à denúncia, sendo esta discricionária, consistindo a justa causa mera liberação do empregador no pagamento do aviso prévio ou indenização por ano de trabalho. A partir de 1975, com a instituição do regime da segurança no emprego, a justa causa em Portugal se distingue da renúncia, transformando o despedimento em uma declaração vinculada, diante da necessidade de justificação legal para validade da dispensa.

O princípio da estabilidade do vínculo laboral ganhou força no Ocidente após a crise de 1973¹³⁰, sendo incorporado na Constituição Lusitana de 1976, apesar de já haver previsão legislativa sobre a proibição do despedimento *ad nutum* desde 1975, como já salientado no item anterior. A previsão constitucional prevê a proibição do despedimento sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos¹³¹, consoante artigo 53 da Constituição da República Portuguesa.

2015. pgs. 1064 e 1065). Isoladamente, encontra-se Martins Catharino que entende ser o rol do art 482 exemplificativo. CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. P. 779.

¹²⁶ Ver desenvolvimento feito por Evaristo de Moraes Filho, *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*, 3 ed., São Paulo: LTr, 1996, ponto 14, pgs. 42 a 44.

¹²⁷ Vólia Bomfim Cassar classifica a terminação do contrato sem a necessidade de apreciação judicial de *ope iuris*, ao passo se passada pelo Judiciário, a extinção será *ope judicis*. *Direito do Trabalho*. 11 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Método, 2015. pg. 1065.

¹²⁸ *Obs. Cit.* MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação (...)*. pg. 150.

¹²⁹ Em Portugal, as trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes ou trabalhadores no gozo de licença parental com parecer desfavorável da CITE. No Brasil, para o despedimento do dirigente sindical é necessária a instauração de inquérito judicial para apuração da falta grave. Artigo 494 e 543, parágrafo 3, e Súmula n. 379 do Tribunal Superior do Trabalho. Antigamente, antes da adoção do regime do Fundo de Garantia, também era necessária a instauração de inquérito para apuração da falta grave para o empregado que completasse mais de dez anos de serviço.

¹³⁰ Cfr *Ops. Cit.* CORDEIRO, António Menezes. *Manual (...)*. p. 145.

¹³¹ Com relação a essa expressão, Menezes Cordeiro explica que apesar de parecer repetitiva, ela é necessária para impedir despedimentos por sanções políticas, além de limitar o legislador infraconstitucional no que se refere ao conceito de justa causa. *Idem. Manual (...)*. p. 145. No mesmo sentido, Palma Ramalho *Ops. cit. Tratado (...)* p. 894.

Como já ressaltado, o enquadramento do princípio da estabilidade no emprego na categoria de direitos, liberdades e garantias, assegura-lhe conteúdo de grande eficácia¹³², diante do artigo 18º da CRP¹³³, além de não mais ser um direito genérico dos cidadãos, mas exclusivo do trabalhador¹³⁴.

Esta alteração representa a “ruptura quanto à compreensão do conceito tradicional da empresa (...) como domínio privado dos seus titulares, (...) Deste modo, os direitos dos trabalhadores adquirirem uma *dimensão objectiva*, que implica uma nova concepção de empresa, (...) em que o empresário-empregador encontra importantes restrições no seu *poder de direcção na liberdade da empresa e na liberdade negocial* e em que os trabalhadores deixaram de ser meros sujeitos passivos de uma organização alheia”¹³⁵.

A ideia que o dono da empresa exerça discricionariamente seus poderes está ultrapassada, visto que a empresa hodierna, por meio das ideias de interatividade dos trabalhadores, é socializada¹³⁶, ficando vinculado o despedimento a um motivo atendível, em atenção aos interesses gerais, “para os quais é tão indesejável a instabilidade de emprego como um sistema de absoluto bloqueamento das possibilidades de desvinculação”¹³⁷

A segurança no emprego representa uma protecção ao trabalhador para que ele não seja surpreendido com o corte do seu sustento¹³⁸, impedindo-se uma ruptura contratual inesperada e sem motivo, para que não ocasione uma alteração radical em sua

¹³² *Ops. cit* RAMALHO, Maria do Rosário Palma.(...) p. 895.

¹³³ Para maior aprofundamento, MIRANDA, Jorge. MEDEIROS. Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, 2 ed, revista, actualizada e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. pgs. 310 e ss. *Ops. cit* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. (...) p. 379 e ss.

¹³⁴ *Ops. cit* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. (...)p. 705.

¹³⁵ *Idem*. p. 705-706.

¹³⁶ Maria do Rosário ressalta o sentido comunitário da empresa que, em razão da relação comunitário-pessoal do vínculo laboral, é decisiva para autonomia do Direito do Trabalho ao Direito Civil. Para maiores detalhes: *Da Autonomia Dogmática (...)*. pgs. 273 e ss.

¹³⁷ *Ops. Cit.* XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual (...)*. pg. 718. Palma Ramalho fala sobre o “conteúdo positivo” e “negativo” deste princípio, pois de um lado assegura o emprego e de outro o possibilita mediante certos fundamentos. *Ibidem*. RAMALHO, Maria do Rosário Palma.(...) p. 894.

¹³⁸ Bernardo Xavier afirma que a estabilidade no emprego veio por em causa a chamada “lógica contratual”, pois antes dessa proibição, o despedimento era recíproco e simétrico para após da instituição do regime proibitivo de despedimento sem justa causa, privilegiou-se a posição do trabalhador, quebrando a simetria entre as partes e a liberdade na desvinculação. *Ops. cit. Manual (...)*. pgs. 786-788.

vida¹³⁹, garantindo-lhe o mínimo de paz social sem que sofra com a instabilidade do mercado de trabalho¹⁴⁰, não se preocupando somente com a remuneração do trabalhador, mas também com os valores de sua personalidade, em atenção à dignidade da pessoa humana e inclusão social¹⁴¹.

Na opinião de MONTEIRO FERNANDES, a garantia no emprego não constituiu um gravame ao combate ao desemprego, visto que a causa maior deste é a “deficiente harmonização do progresso tecnológico com as exigências sociais”¹⁴². PALMA RAMALHO aponta o lado perverso da estabilidade a todo custo, com o aparecimento de fraudes na contratação autônoma, os chamados recibos verdes, e a contratação desenfreada a termo¹⁴³.

Não adentraremos na discussão se a estabilidade é positiva ou negativa nas relações laborais, o fato é que essa existe, possuindo consequências que, às vezes, não condiz com a proteção pretendida¹⁴⁴.

No Brasil, o despedimento vinculado é exigido em causas que envolvam empregados estáveis provisórios (as empregadas grávidas¹⁴⁵, o dirigente sindical¹⁴⁶, o membro do titular da Comissão Interna de Prevenção de Acidente - CIPA¹⁴⁷, o empregado acidentado¹⁴⁸, o empregado aprendiz¹⁴⁹, o membro do Conselho Nacional da Previdência

¹³⁹ Bernardo Xavier acrescenta ainda que a extinção do contrato para o trabalhador o faz perder vantagens decorrentes da antiguidade, o constrangem na adaptação de postos de trabalho, com prejuízos patrimoniais, rompendo com a estabilidade da vida. *Ops. Cit. Manual (...)*. pg. 719.

¹⁴⁰ *Ops. cit. RAMALHO*, Maria do Rosário Palma. (...) p. 897.

¹⁴¹ *Ops. Cit. FERNANDES*, António Monteiro. *Direito (...)*. 17 ed, 2014. pg. 499.

¹⁴² *Idem.* pgs. 500-501. Nesse sentido também, entre muitos, José João Abrantes em *O Código do Trabalho e a Constituição*, in *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Pgs. 54 e 89, criticando a flexibilização das relações laborais.

¹⁴³ *Ibidem.* RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (...) p. 897.

¹⁴⁴ Neste ponto, válido a leitura de artigo elaborado por Sam Petzman com relação à intervenção estatal nas relações individuais, cujo objetivo pelo qual o induz a legislar pode gerar efeitos exatamente opostos. *The effects of Automobile Safety Regulation*. “Journal of Political Economy”. Vol. 83. n. 4. The University of Chicago Press.

¹⁴⁵ Artigo 165 da CLT e artigo 10, inciso II, alínea “a”, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁴⁶ Art. 543 da CLT e inciso VIII do artigo 8 da Constituição Federal. Há a necessidade de instauração de inquérito disciplinar para sua dispensa.

¹⁴⁷ Artigo 10, inciso II, alínea “b”, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁴⁸ Artigo 118 da Lei n. 8.213/1991.

¹⁴⁹ Fala-se em uma dispensa relativa, pois o mesmo só poderá ser dispensado em algumas hipóteses previstas no artigo 433 da CLT.

Social¹⁵⁰, o membro da Comissão da Comissão de Conciliação Prévia da Empresa¹⁵¹ e Dirigentes Representantes dos Empregados nas Cooperativas¹⁵²) e efetivos (empregado público¹⁵³).

A título de esclarecimento, a estabilidade do empregado com duração de contrato há mais de dez anos foi extinta em 1988 com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, que revogou os artigos da CLT que revestiam a estabilidade decenal aos empregados, tendo sido ressalvado o direito adquirido para os que já tivessem atingidos os dez anos e não tivessem optado pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS¹⁵⁴.

No que tange aos despedimentos de funcionários não estáveis, até o momento, este é livre de motivação, mas em razão de ação declaratória de inconstitucionalidade pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, não poderá sê-lo no futuro. Explica-se.

A controversa gira em torno do artigo 7, inciso I da Constituição Federal, que protege a relação de emprego “contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, *nos termos da lei complementar*, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” e da Convenção n. 158 da OIT, onde disciplina no seu artigo 4 a impossibilidade de por fim ao contrato por prazo indeterminado, sem uma “causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.”¹⁵⁵

¹⁵⁰ Artigo 3, parágrafo 7, da Lei n. 8.213/1991.

¹⁵¹ Artigo 625-B da CLT.

¹⁵² Artigo 55 da Lei n. 5.764/71.

¹⁵³ Artigo 41 da Constituição Federal e artigo 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁵⁴ O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi instituído pela Lei n. 5.107/1966, que dava a opção ao empregado de optar pelo regime da estabilidade ou do FGTS, que determinava que 8% do salário do funcionário fosse depositado mensalmente na conta vinculada a esse, podendo sacar tal valor, com multa de 40%, quando rompido o vínculo laboral sem justa causa. Na época houve acirrada discussão quanto à renúncia da estabilidade se o empregado optasse pelo regime do FGTS. Para aprofundamento do tema. ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho - Estudos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Ed Freitas Barros. 1981. pgs. 119 e ss.

¹⁵⁵ Extraído de http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_158.html, acesso em 28-05-2017.

A Lei Complementar mencionada no artigo 7 nunca foi promulgada. Com relação à Convenção n. 158 da OIT, o Brasil ratificou-a na data de 16 de Setembro de 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 68, passando a ter validade no território nacional em 10 de Abril de 1996, com o Decreto de Promulgação n. 1.855.

Contra esses decretos, foi distribuída ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 1.480-3 – DF) perante o Supremo Tribunal Federal que, em decisão liminar, suspendeu os efeitos dos decretos¹⁵⁶. Em 20 de dezembro do mesmo ano, o presidente da República denunciou essa ratificação através do Decreto n. 2.100. Diante da denúncia feita pelo Presidente, a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada extinta, por perda superveniente do seu objeto¹⁵⁷.

Todavia, contra o Decreto n. 2.100 também foi distribuída ação direta de inconstitucionalidade (ADI 1625¹⁵⁸), cujo exame da ação foi iniciado em 2003, encontrando-se com dois votos pela procedência parcial da ação para dar interpretação conforme a Constituição ao decreto, para que ele só produza efeitos a partir da ratificação do ato pelo Congresso Nacional (Ministro Maurício Corrêa – falecido – e Ministro Carlos Ayres Brito – aposentado) dois votos pela improcedência da ação (ministro Nelson Jobim – aposentado – e ministro Teori Zavascki – recentemente falecido) e dois votos pela procedência total da ação (ministro Joaquim Barbosa – aposentado – e ministra Rosa Weber) .

O julgamento foi interrompido pelo pedido da vista do ministro Dias Toffoli em 14 de junho de 2016, aguardando-se o voto deste e de mais três ministros para o término do julgamento.

¹⁵⁶ Íntegra da decisão: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>

¹⁵⁷ Para o inteiro teor da decisão, acessar:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1480%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/d9p06jb>.

¹⁵⁸ Para o acompanhamento da ação:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1675413>.

A jurisprudência admite a dispensa sem motivo¹⁵⁹, mas a doutrina diverge sobre o assunto.

Feita a análise legislativa dos países, com a comparação destas, adentraremos nos requisitos para o despedimento por fato imputável ao trabalhador.

1.4- Requisitos para aplicação da justa causa

Como demonstrado no ponto da evolução legislativa, o Direito português faz a definição de justa causa em uma cláusula geral (artigo 351 do CT)¹⁶⁰, considerando-a o ato culposo do trabalhador que torne imediata e praticamente impossível a relação de emprego. Apesar do Direito brasileiro não fazer essa definição, utiliza-se dos mesmos critérios para aplicação da justa causa¹⁶¹.

O conceito da lei portuguesa é considerado indeterminado, pois não traz algo fixo e definido, “antes requerendo decisões dinâmicas e criativas que facultem o seu preenchimento com valorações”¹⁶², dependendo da casuística para se chegar a um

¹⁵⁹ Recentemente, em 25 de janeiro de 2017, o Tribunal Regional do Trabalho do Espírito Santo editou a Súmula n. 42, que dispunha: “INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. A Convenção 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de Direitos Humanos é um ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previstos no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF”. Todavia, em 1º de fevereiro de 2017, o Pleno do Tribunal decidiu pela suspensão dos efeitos da Súmula, até decisão final da ADI n. 1625.

¹⁶⁰ Bernardo Xavier, entre outros, chama a atenção para o conceito de justa causa previsto no Código de Trabalho não é o mesmo do previsto no artigo 53 da Constituição Portuguesa, uma vez que este último diz respeito à proibição de despedimento sem motivo, estando abrangido a justa causa subjetiva e a objetiva. *Ops cit. Manual(...)*. pgs. 790-793.

¹⁶¹ Como visto acima, a legislação brasileira chegou a elencar como justa causa fatos alheios ao incumprimento dos deveres contratuais (justa causa objetiva), mas a opção da CLT foi clara em tipificar como justa causa somente o comportamento culposo do trabalhador. Com relação à nomenclatura, discutiu-se na doutrina qual seria o termo correto: falta grave ou justa causa, entendendo alguns que a falta grave corresponderia ao empregado estável e justa causa aos demais (MARTINS, Sérgio Pinto. *Ops cit. Manual (...)* pg. 32), e outros que as expressões são sinônimas (MORAES, Evaristo de, *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 1996. pgs. 75-80). Todavia, essa discussão não foi relevante na prática, porque a legislação usa indistintamente a expressão justa causa e falta grave.

¹⁶² CORDEIRO, António Menezes. *Justas causas de despedimento*. Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, Vol. II, Coordenação Pedro Romano Martinez. Coimbra: Almedina, 2001. pgs. 11-12.

resultado final. Por isso, a opção legislativa de se criar um quadro verbal flexível¹⁶³, já que se torna quase impossível estabelecer uma definição predeterminada para que se possa analisar todas as circunstâncias envolvidas antes de se aplicar a justa causa¹⁶⁴.

Optando por um conceito claramente aberto, o legislador concedeu ao intérprete parâmetros para fixação da justa causa na cláusula geral, bem como no rol exemplificativo, a fim de dar uma “chamada de atenção para certos tipos de infrações disciplinares que em termos de normalidade social são suscetíveis de por em causa a subsistência da relação laboral, atenta à respectiva gravidade”¹⁶⁵. Da mesma forma, também nos critérios orientadores coadjuvantes (exemplo n. 3 do artigo 351 do CT), ao intérprete é dada a mesma oportunidade.

Passaremos a analisar os critérios da cláusula geral

a) elemento subjetivo

Nos dois ordenamentos jurídicos em estudo, verifica-se se a conduta do empregado, por dolo ou culpa, infringiu alguma obrigação contratual. A ilicitude da conduta estará ligada, portanto, a uma infração do trabalhador que, por ação ou omissão, deixa de cumprir deveres contratuais ou legais, incidindo no incumprimento contratual.

¹⁶³ Sobre a constituição de um carácter flexível de justa causa, valiosa a explicação de Manuel de Andrade: “Acontece por vezes que, ao regular certos aspectos da vida, a lei utiliza factores de sua natureza contingentes, relativos, móveis, capazes, portanto, de tomarem coloração diversa conforme os tempos. Às vezes, de facto, a lei serve-se de conceitos essencialmente flexíveis, mera diretrizes gerais, muito vagas e plásticas, cuja consistência exacta não especifica e ter de ser definida ou precisa pelo juiz, no momento da aplicação, segundo as convicções reinantes no agregado social ou também, porventura, em investigação livre, operando com a ideia de justiça sobre os dados da realidade do ambiente. E seguidamente: em todos esses casos, a lei, abdicando de uma parcela do seu poder de normação, em vez de estatuir um preceito rígido e mecânico, limita-se a fornecer um simples quadro, um molde, uma forma destinada a receber que há-de vir de fora – da consciência popular ou da mente do juiz – e que está prévia e genericamente autenticada com o selo de juridicidade. E sendo elaborada a sua substância pela comunidade social ou pelo juiz sobre a base dos elementos da realidade exterior que para o efeito possam interessar, bem se compreende que tais conceitos sejam susceptíveis de evoluir, ajustando-se às mais variadas circunstâncias, que venham virtualidades inexoráveis de adaptação à vida real”. Citação feita por Bernardo Xavier no artigo *Justa causa de despedimento: conceito e ónus da prova*. RDES, ano XXX, 1988, (III da 2. Série). pg. 06.

¹⁶⁴ No Direito brasileiro, Evaristo de Moraes filho leciona que: “não existe uma justa causa isolada, sempre válida para todos os tempos e lugares. Muito ao contrário; toda a justa causa é relativa”. *A justa causa na rescisão (...). ops. cit.* pg. 213.

¹⁶⁵ DRAY, Guilherme. *Justa causa e esfera privada*. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Vol. II. *Justa causa de despedimento*. Coimbra: Almedina, 2001. pg. 67-68.

Esta relação não está expressa na lei, correspondendo ao entendimento doutrinário e jurisprudencial, que a denomina como requisito subjetivo para aplicação do poder disciplinar (tanto no Brasil como em Portugal).

Assim, a autoria da infração deve obrigatoriamente ser do empregado, não podendo haver punição se não estiver devidamente comprovada sua participação¹⁶⁶. A conduta deve ser censurada, ainda mais no caso de dolo, sendo necessária uma avaliação no caso de culpa, observando a diligência mínima devida na ação ou negligência, com o parâmetro do homem médio, expressamente previsto no n. 2 do artigo 482 do Código Civil Português, sem correspondência no Direito brasileiro, mas utilizado no mesmo sentido.

Como bem salientado por MENEZES CORDEIRO “Há, antes, que ponderar *o que pode razoavelmente ser exigido a todas as pessoas que tenham o perfil do agente, dentro de uma bitola de normalidade e sem distorções induzidas na figura do agente.*”¹⁶⁷

Diferentemente do que ocorre com a responsabilidade civil, onde a conduta ilícita deve ser precedida por um dano, no caso da justa causa, não precisa haver prejuízos materiais ou dano, podendo ser uma mera consequência, mas não um requisito para aplicação da justa causa¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Conforme DELGADO, Maurício Godinho. *Curso (...) ops. cit.* Pg. 1353-1354.

¹⁶⁷ *Ops. cit. Manual (...)*. pg. 822.

¹⁶⁸ Amauri Mascaro, citando decisão da Corte de Cessação da Itália que: “o conceito de justa causa não pode ser circunscrito a só hipóteses nas quais possa ser comprometida a produção, mas compreende também outras diversas hipóteses nas quais venha a existir uma violação, com aspectos de particularidade, de esfera de deveres e de respeito devidos ao empregador”. *Curso de Direito do Trabalho*, 18 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003. Pg. 702-703. Sobre a inexistência de dano, um trabalhador foi flagrado furtando uma quantidade ínfima de tinta, tendo ingressado com ação para reversão da justa causa por entender ter ocorrido excesso no direito de punir. A decisão de primeiro grau manteve a justa causa por entender que: “O ato de improbidade se caracteriza não pelo valor da coisa objeto do ato desonesto do empregado, mas pela própria desonestidade do trabalhador, independentemente de causar qualquer prejuízo de ordem patrimonial ao empregador”. Todavia, essa decisão foi revertida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 7 Região (CE), por: “Não configura falta ensejadora da pena máxima (a demissão) ter sido o empregado pego levando material de quantidade insignificante, tido como sobra, sem as características de furto, mas tão-somente sem a prévia autorização. Deve a empregadora obedecer a gradação da pena”. Apesar de interposto recurso, o Tribunal Superior do Trabalho não analisou a questão por impedimento legal de análise de fatos e provas, sendo assim mantida a decisão do TRT da 7 Região (processo n. RR - 6548400-14.2002.5.07.0900).

ROMANO MARTINEZ, ao analisar a justa causa sob o prisma do incumprimento das obrigações, ensina que o comportamento culposos pode se dar em três modalidades: não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso¹⁶⁹.

Todavia, essa conduta deve ser grave o suficiente¹⁷⁰ para justificar a rescisão por justa causa, devendo ser aplicada pena mais leve em condutas não tão graves, guardando-se a proporcionalidade da sanção com o fato, como já elucidado acima.

Um ponto interessante a ser levantado é com relação à superveniência da justa causa, hipótese verificada quando o empregado, embora dispensado com aviso prévio, pratica um fato constitutivo de justa causa antes de sua saída do serviço. RAUL VENTURA e BERNARDO XAVIER concordam que a justa causa deve ser aplicada mesmo após já haver o despedimento com aviso prévio, pois, caso contrário, seria privilegiado o trabalhador já despedido ao não despedido¹⁷¹. Concordam os autores que o mesmo raciocínio deve ser utilizado ao empregado que por dolo tenha sonegado a informação ao patrão a pretexto de não poder utilizá-la por este já ter sido despedido¹⁷².

No mesmo sentido, é a posição da jurisprudência brasileira, editada pela Súmula n. 73 do Tribunal Superior do Trabalho, ora transcrita: “DESPEDIDA. JUSTA CAUSA. A ocorrência de justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira do empregado qualquer direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória.”¹⁷³

Como já ressaltado no ponto 1.3, no Direito brasileiro a tipificação da conduta deverá corresponder à enumeração prevista no artigo 482 da CLT, ajustando-se ao requisito objetivo para o exercício do poder disciplinar.

<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?conscsjt=&numeroTst=65484&anoTst=2002&varaTst=&trtTst=7&seqTst=&consulta=Consultar>. Acesso em 19-02-2017.

¹⁶⁹ *Ops. cit. Curso (...)*. pg. 978.

¹⁷⁰ Adentraremos na questão no ponto III abaixo, imediatidade e impossibilidade de manutenção do vínculo.

¹⁷¹ *Idem.* VENTURA, Raul, *Lições (...)*. pgs. 653.

¹⁷² *Opc. cit.* XAVIER, Bernardo da (...), pgs. 59 -63.

¹⁷³ Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-73. Acesso em 26-03-2017.

Apesar de o rol ser taxativo, as condutas ali dispostas não possuem critério rígido de aplicação, como na lei penal, por exemplo. São condutas dispostas de forma flexível e plástica, a fim de se enquadrar a conduta que, por sua natureza, característica, ou mesmo circunstância, resulte na quebra da confiança, elemento essencial para a manutenção do vínculo¹⁷⁴.

Um bom exemplo quanto a essa conceituação genérica é a alínea “b” do artigo 482 da CLT: “b) incontinência de conduta ou mau procedimento”. Inúmeras situações poderiam ser enquadradas nessas situações. Todavia, a doutrina e jurisprudência brasileira conceituaram a incontinência e o mau procedimento, sendo considerados conceito distintos, atentando-se para a conjugação “ou” utilizada na letra da lei.

Por incontinência de conduta entende-se o comportamento irregular que atinja a moral, sob o ponto de vista sexual (imoderada, desregrada, destemperada ou inadequada), com a falta de qualquer pudor, ao ponto de prejudicar o ambiente de trabalho. A vida irregular, fora do trabalho, que afeta direta ou indiretamente a imagem da empresa, sendo incompatível com o cargo, função ou condição do empregado dentro da empresa também é considerada incontinência de conduta¹⁷⁵.

O mau procedimento é figura tão ampla que alguma parte da doutrina¹⁷⁶ afirma que este conceito abrange todas as condutas, desde que não inserida nas demais alíneas previstas no art. 482 da CLT. Em apertada síntese, o comportamento irregular, que infrinja o dever social de boa conduta e atinja a moral como um todo, excetuado o ponto sexual, incompatível com as normas exigidas pelo senso comum do homem médio. Seria a falta de decoro, o respeito, o bom viver, a urbanidade, a falta de compostura devida entre as partes, capazes de ofender a integridade e a dignidade dos demais, sejam eles superiores hierárquicos, colegas de trabalho ou clientes da empresa.

A plasticidade dessa definição auxilia o intérprete no enquadramento de condutas consideradas contemporâneas, como as decorrentes dos usos das redes sociais *on-line*, no

¹⁷⁴ Conforme DELGADO, Maurício Godinho. *Curso (...) ops.cit.* Pg. 1348.

¹⁷⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito (...) ops. cit.* Pg. 1078.

¹⁷⁶ Como exemplo, citamos Maurício Godinho Delgado, Sérgio Pinto Martins e Mozart Victor Russomano.

texto legal previsto em 1943. Como se verá no ponto 1.5, na maioria dos casos que envolvem redes sociais *on-line* e justa causa, a capitulação é feita com base na alínea “b” do art. 482 da CLT.

Outra questão levantada na doutrina e jurisprudência brasileira é com relação ao enquadramento da tipificação no momento da rescisão contratual. De acordo com a teoria ortodoxa, não se aceita a classificação errônea da conduta feita pelo empregador, devendo a justa causa ser revertida por este motivo. Já a teoria heterodoxa defende a possibilidade de o judiciário fazer o correto enquadramento, desde que a conduta seja descrita na defesa, utilizando-se do “brocardo *mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me o fato que te darei o direito) ou *iura novit curia*, o juiz conhece o Direito”¹⁷⁷.

O enquadramento errôneo da conduta não significa dizer que é aceito o fato não descrito na comunicação da dispensa por justa causa, daí porque não se admite que o empregador demita o funcionário por um motivo e, em juízo, alegue outro, devendo a falta apontada no momento da rescisão contratual ser mantida na esfera judicial¹⁷⁸. Esse preceito também é respeitado em Portugal, sendo vedada a alegação de nova conduta não descrita na nota de culpa dada pelo empregador.

¹⁷⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual (...) ops. cit.* pg. 36. Na jurisprudência: a empresa capitulou a justa causa de um empregado que, durante a sindicância, puxou sua supervisora hierárquica e lhe pediu um beijo, diante de todos. A empresa aplicou a justa causa por insubordinação (alínea “h” do art. 482 da CLT), sendo na verdade um ato de incontinência de conduta, prevista na alínea “b” do mesmo artigo. Todavia, a justa causa foi mantida, em razão do grave fato que, se tivesse mantido o vínculo, poderia ser responsável eventualmente a um futuro pedido de danos morais pela empregada (processo n. 1001904-81.2014.5.02.0320, Des. Relator Davi Furtado Meirelles, 14 Turma, TRT 2 Região, em www.trtsp.jus.br - http://search.trtsp.jus.br/easysearch/?template=TRTSP_PJE#q=justa%20causa%20tipifica%C3%A7%C3%A3o. O Tribunal Superior do Trabalho reverteu decisão do TRT da 17 Região (Espírito Santo), por entender que o fato de um empregado ter faltado por mais de trinta dias no emprego e ter sido demitido por justa causa por ato de improbidade, não autoriza a reversão da justa causa, em razão da gravidade do fato. RR 521/2001-004-17-00.9, Ministro Relator Lelio Bentes Correa, 1 Turma, DOU 24-03-2006, disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=1AB349845CC4A8D4DAE19314B3F80269.tst32?conscsjt=&numeroTst=521&anoTst=2001&varaTst=004&trfTst=17&seqTst=&consult> a=Consultar, acesso em 18 de fevereiro de 2017. Em sentido contrário, “Contestada a lide (arguindo a reclamada o abandono de emprego por parte da reclamada) torna-se inalterável o objeto processual por qualquer das partes, não podendo o juiz julgar com base em justa causa (desídia) não alegada.” TST, 2 Turma, processo n. 7.223-55; Min. Relator Têlio Monteiro, Revista TST, 1957, página 363, citado por Evaristo de Moraes, *Rescisão (...) ops.cit.* pg. 406.

¹⁷⁸ Ver ponto 108 da obra FLHO, Evaristo de Moraes. *A justa causa (...) ops. cit.* pgs. 197 e ss.

Como em Portugal o rol enumerativo da justa causa disciplinar é exemplificativo, a conduta não necessariamente deve enquadrar-se no n. 2 do artigo 351 do CT.

No que tange aos deveres contratuais ou legais, não há na legislação brasileira previsão nesse sentido, ao contrário do que ocorre em Portugal, que elenca no artigo 128 do CT alguns dos deveres do empregado. Há a divisão dos deveres entre principais, secundários e acessórios (ou laterais).

Antes de elencar os deveres específicos, válido expor um dever geral das partes, e não só do empregado, que é o dever recíproco de boa-fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações, consoante artigo 126 do CT e art. 422 do Código Civil Brasileiro. O exercício recíproco da boa-fé deve se dar tanto na formação como na execução do contrato de trabalho¹⁷⁹.

A boa-fé deve ser entendida como: “o comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa ótica histórico-cultural, a uma regra de atuação de boa-fé.”¹⁸⁰ Deve-se atentar também ao abuso de direito, impedindo-se que empregado ou empregador se aproveitem de violações que eles mesmos tenham criado ou que tenham atuado com o fim específico de prejudicar terceiros¹⁸¹.

É nesse contexto da boa-fé que as partes devem colaborar para a execução do contrato, aplicado no cumprimento dos deveres contratuais de ambas as partes. No Direito português predominava, no âmbito da LCT, o art. 18, que previa o princípio da mútua colaboração entre as partes¹⁸², resultando, por parte do empregador, o respeito ao empregado como pessoa de direitos e não um fator de produção. Por outro lado, exigia do empregado a ideia de, através do trabalho, contribuir para o aumento da produtividade

¹⁷⁹ MARTINEZ, Pedro Romano. e outros, *Código do Trabalho Anotado. Ops.cit.* 9 ed, 2013, pg. 353.

¹⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 1984. Pg. 632.

¹⁸¹ CORDEIRO, António Menezes. *Ibidem*. pg. 896

¹⁸² Este princípio da mútua colaboração fazia parte da caracterização comunitário-pessoal da relação de trabalho que, em apertadíssima síntese, projetava a ideia de que a relação laboral era composta da personalidade nos deveres de lealdade e mútua colaboração do empregado e o dever de assistência do empregador, a fim de tutelar o empregado. Para aprofundamento: RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia Dogmática (...) ops. cit.* pgs 279 e ss, bem como da mesma autora em *Tratado I ops. cit.* pg. 401

da empresa, além de preservar o seu bom nome e imagem, quando fora do local e tempo de trabalho¹⁸³.

Em razão do regime corporativista que vigia na época da LCT, houve discussão na doutrina se referido princípio teria sido recepcionado pelo novo regime constitucional, tendo sido reconhecida a sua importância, mas admitida a recepção com fundamentações diversas¹⁸⁴, mesmo que sem correspondência na legislação posterior a esse princípio. Coadunamos com a posição de Menezes Cordeiro que propôs uma nova leitura do referido princípio à luz da boa-fé¹⁸⁵.

Feita essa breve consideração quanto ao dever geral de boa-fé, adentraremos nos deveres do trabalhador. O dever principal do trabalhador é o exercício da sua atividade, onde este se obriga a trabalhar sob as ordens do patrão, em clara posição dominial do empregador, correspondendo ao “binômio subjectivo subordinação jurídica/poderes laborais”¹⁸⁶, mediante uma remuneração, representando o “binômio objetivo atividade de trabalho/remuneração”¹⁸⁷.

Esta atividade não necessariamente produz movimento, podendo o trabalho ser estático, mas não menos cansativo, como no caso de modelos ou manequins, ou fingir ser uma figura de cera, ou ainda do vigilante¹⁸⁸, o que para alguma doutrina entende ser um

¹⁸³ DREY, Guilherme. *Ops.cit.*pg. 55-56.

¹⁸⁴ Palma Ramalho explica que Jorge Leite, Coutinho de Almeida e Barros Moura se posicionaram pela não recepção do referido princípio pela Constituição de 1976. Outros autores entenderam que ainda haveria de se reconhecer a utilidade desse princípio, mas de forma distinta para cada um: Bernardo Xavier acentuou o dever de colaboração pela duração do contrato e da organização empresarial, Romano Martinez reconheceu como o dever que decorrem de todos os deveres acessórios. *Ops. Cit. Tratado II* pg. 99.

¹⁸⁵ *Ops. Cit.* pg. 100.

¹⁸⁶ RAMALHO, Maria do Rosário. *Ops.cit. Tratado II.* pg. 423. A dependência do trabalhador é um importante ponto para diferenciação de outras formas de prestação de serviço, sendo o contrato de trabalho, por definição, um trabalho subordinado, nos termos do artigo 11 do CT e artigo 2 da CLT. Ver *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I – Dogmática Geral.* 3 ed. Almedina: Coimbra, 2012. Pg. 25 e ss.

¹⁸⁷ *Idem.* Pg. 423. Como ensina José Martins Catharino: “O empregado faz para que o empregador lhe dê, e este dá para que aquele faça, sob sua direção e proveito. A causa da obrigação de um é a do outro. Do contrato, a concausa obrigacional. Da obrigação de um nasce o direito do outro, e vice-versa.” *Compêndio de Direito do Trabalho.* Vol. 2, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1981. pg. 3.

¹⁸⁸ Monteiro Fernandes faz essa ressalva no Direito português (*ops. cit.* pg. , e José Martins Catharino no direito Brasileiro *idem.* pg. 4.

dos objetos do contrato a disponibilidade do trabalhador¹⁸⁹, posição rebatida por outra doutrina¹⁹⁰.

A doutrina alemã, em destaque especial a HERSCHEL, introduzida no Direito português por Menezes Cordeiro¹⁹¹ e Palma Ramalho¹⁹², dividiu os deveres secundários e acessórios em duas categorias: *deveres acessórios integrantes da prestação principal* e *deveres acessórios autônomos da prestação principal*.

Como o próprio nome diz, na primeira categoria estão incluídos os deveres ligados diretamente ao desenvolvimento do dever principal, qual seja, o exercício da atividade laboral ao desempenhar seu trabalho¹⁹³. Neste grupo, estão inseridos os deveres de zelo e diligência (al. *c* do n. 1 do art. 128), produtividade (al. *h* do n. 1 do art. 128), assiduidade e pontualidade (al. *b* do n. 1 do art. 128), obediência (al. *e* do n. 1 e n. 2 do art. 128), custódia de bens (al. *g* do n. 1 do art. 128).

O segundo grupo corresponde aos deveres que não estão ligados ao dever principal e, em razão disso, são exigidos não só durante a prestação dos serviços, mas também quando esta não for necessária, vigorando, inclusive, nos casos de suspensão e extinção do contrato de trabalho¹⁹⁴. Fazem parte dessa categoria os deveres de respeito e urbanidade (al. *a* do n. 1 do art. 128) participar de ações de formação (al. *d* do n. 1 do art. 128), cooperação em matéria de saúde e segurança no local de trabalho (al. *e* e *j* do n. 1 do art. 128 e Lei n. 102/2009, de 10 de setembro – art. 17) e o dever de lealdade (al. *f* do art. 128).

¹⁸⁹ Essa posição é defendida por Monteiro Fernandes, *Sobre o objeto do contrato de trabalho*, ESC, 1968, 25, 13-35.

¹⁹⁰ Maria do Rosário refuta essa alegação por entender que: “o recurso à disponibilidade poder ser útil para temperar um entendimento demasiado restritivo do conceito de atividade. No entanto, esta utilidade só se verifica se a ideia de disponibilidade não substituir o conceito de atividade na delimitação do objeto do contrato e apenas se manterá enquanto a disponibilidade for uma disponibilidade efetiva.” *Ops. cit. Tratado I*, pg. 429.

¹⁹¹ *Ops Cit.* pgs. 129 e ss.

¹⁹² *Ops cit. Do fundamento (...)* pgs. 211 e ss e *Tratado I (...)*, pgs. 434 e ss.

¹⁹³ LEITÃO, Luís Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016. pg. 265-266. Maria do Rosário, *ops. cit. Tratado I (...)*, pg. 435.

¹⁹⁴ LEITÃO, Luís Teles de Menezes. *Idem*. pg. 270.

Diante do escopo deste trabalho, é válido adentrarmos no dever de respeito e urbanidade, bem como no dever de lealdade. A alínea *a* do n. 1 do art. 128 dispõe que o trabalhador deve “respeitar e tratar o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e as pessoas que se relacionem com a empresa com urbanidade e probidade”.

Apesar de ter a legislação se preocupado em relacionar aos agentes envolvidos no vínculo laboral, este dever corresponde a uma “norma de conduta, a uma regra de atuação social”¹⁹⁵, devendo observar o perfil do trabalhador¹⁹⁶ e o meio no qual ele se insere¹⁹⁷. A conduta deve ser observada entre os trabalhadores¹⁹⁸, seus superiores hierárquicos¹⁹⁹ e

¹⁹⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. *Ops. cit. Direito (...)*. pg. 513.

¹⁹⁶ Como exemplo, citamos o Acórdão do STJ datado de 10/12/2008 de relatoria de Bravo Serra (disponível em www.dgsi.pt), a conduta de uma trabalhadora que, ao discutir com seu ex-marido, no caso gerente da ré, relatou a outras trabalhadoras que ele iria ser preso, e ela ficaria com a empresa, e seriam demitidas se não a obedecessem. Em um contexto normal, essa trabalhadora poderia ser dispensada por justa causa, mas, diante do momento vivido pelo casal, em que estavam a discutir a partilha de bens, a adoção de uma sanção mais conservatória seria o correto diante do circunstancialismo envolvendo a situação da empregada.

¹⁹⁷ Pedro Romano cita dois Acórdãos do STJ em que, o primeiro não considerou ofensa ao dever de urbanidade a conduta de um trabalhador por utilizar expressões grosseiras, por se tratar de um ambiente onde todos se tratavam nesse sentido, inclusive o gerente, e outro Acórdão em que o fato do trabalhador de uma farmácia pequena cheirar mal e andar com a barba e unha suja não configuraria ofensa ao dever de urbanidade. *Ops. cit. Direito (...)*, nota 1.030 pg. 514. Ainda cita a situação de um trabalhador de hotel de luxo, o qual seu comportamento será diferentemente exigido do trabalhador que trabalhou em uma pensão – pg. 503.

¹⁹⁸ Viola o dever de urbanidade entre os colegas de trabalho “o trabalhador arguido num processo disciplinar que aborda, de forma reiterada, um colega de trabalho e o leva a assinar um documento em que era posto em causa o conteúdo das declarações anteriormente prestadas por aquele seu colega num processo disciplinar que o visava”. STJ, Acórdão de 03/10/2012, Relator António Leones Dantas, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁹⁹ Um trabalhador que utiliza expressões de baixo calão ao reclamar a um superior hierárquico, quando já justificado o motivo do não cumprimento da ordem e por não ser seu dever cumprir, apesar de ofensivas, não põe em causa relação de trabalho, passível somente de uma sanção disciplinar mais amena. (Tribunal da Relação de Lisboa, data do Acórdão 13/1/2010, disponível em www.dgsi.pt). Já para o STJ em decisão de 4/7/2013, Rel. Maria Clara Sottomayor disponível em www.dgsi.pt, fere o dever de urbanidade o trabalhador, dirigente sindical, que em uma carta ofende a honra e a vida privada e familiar de um superior hierárquico e de outra trabalhadora, contendo expressões desnecessárias ao direito de crítica. Ver também decisão do STJ de 06-02-2002, Rel. Mário Torres, disponível em www.dgsi.pt.

os clientes da empresa²⁰⁰, relacionando-se com a boa-fé existente nas relações laborais como autênticos deveres acessórios²⁰¹.

O dever de lealdade, que hoje não está mais relacionado com o conceito de outrora (período comunitário, como o dever de mútua colaboração, já exposto acima), pode ser dividido em dois sentidos: um primeiro mais amplo, como o conjunto de todos os direitos acessórios, expressos por lei ou concretizados por conceitos indeterminados, com especial destaque para a boa-fé²⁰²; e o segundo como o tipificado na lei, no dever de sigilo e proibição de concorrência (alínea “f” do artigo 128 do CT, sem correspondência no Direito brasileiro).

A conduta do trabalhador que não se opere com boa-fé poderá incidir na quebra de confiança entre as partes. Embora o requisito não esteja inscrito na lei, é considerado pela jurisprudência a fim de verificar a violação do dever de lealdade²⁰³.

²⁰⁰ No caso, uma atendente de uma drogaria xingou o cliente de burro porque o mesmo não lembrava a senha do cartão. O Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região (SP) entendeu que: “Independentemente de quem deu início às agressões verbais, fato é que a atitude da reclamante, ao discutir com cliente, basta à quebra de confiança, o que autoriza a dispensa por justa causa. A indisciplina, caracterizada pelo “...descumprimento de ordens gerais do empregador, dirigidas impessoalmente ao quadro de empregados”, é verificada, já que para o sucesso empresarial é fundamental a cortesia no tratamento dos clientes. Faz parte do trabalho, além das tarefas inerentes à função, a manutenção do equilíbrio emocional em situações críticas, devendo, o bom empregado evitar situações deste tipo que, ao final, apenas geram prejuízos ao empregador. Os empregados são prepostos do empregador e devem portar-se com dignidade e cortesia perante a clientela. Em caso de desentendimento com o cliente, por motivos relacionados à negociação, devem solicitar a intervenção do superior hierárquico. Não podem os prepostos entrar em bate-boca com o cliente, ...” Processo n. 01738.2003.058.02.00-1, publicação em 27/1/2006 disponível em http://trtcons.trtsp.jus.br/consulta/votos/turmas/20051205_20040586876_r.htm, acesso em 24/2/2017.

²⁰¹ Válida a transcrição dos ensinamentos de Menezes Cordeiro a respeito: “os deveres acessórios recordam-nos que, nos contratos, se pretende uma realização material dos bens atribuídos ao credor. Assim, o devedor, em nome da boa-fé, fica obrigado a todos os comportamentos instrumentais destinados a assegurar a integralidade da prestação principal. Também aqui seria possível apurar deveres de proteção, de informação e de lealdade.” *A boa-fé nos finais do século XX*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 56, n. 03, 1993. pg. 896

²⁰² CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual (...) ops. cit. 1991*. pg. 129.

²⁰³ Decidiu, nesse sentido, o STJ em decisão de 11/2/2015: “O dever de lealdade (que, tipicamente, embora em termos apenas exemplificativos, implica a proibição de concorrência e a obrigação de sigilo) reconduz-se, essencialmente, à obrigação de cumprir o programa contratual de acordo com as exigências da boa-fé, em termos que preservem a relação de confiança entre as partes.” Nesse processo, foi avaliada a conduta de uma docente universitária que, por duas vezes, ocultou do empregado o fato de ter exercido funções docentes em outro estabelecimento. Todavia restou provado que tal fato não gerou prejuízos à empregadora, nem diminuiu a qualidade da prestação de serviço e, em razão do passado disciplinar da trabalhadora não ter nenhum incidente, o tribunal entendeu não ser o caso de justa causa, apesar da conduta ser altamente

Este dever de sigilo e não concorrência é exemplificativo, existindo outras obrigações que os empregados devem respeitar, de conteúdo negativo (omissão), tais como o dever de não furtar bens do empregador, e positivo (ação), como informar a condição física ao empregador e estado de saúde²⁰⁴.

Como dever de sigilo entende-se que o empregado não poderá divulgar informações referentes à organização, aos negócios, aos clientes ou métodos de produção²⁰⁵. Este dever variará conforme o caso concreto²⁰⁶, merecendo a análise do cargo, grau de responsabilidade e confiança do empregado dentro da organização, cobrando-se um maior dever de sigilo de cargos mais altos que de cargos inferiores.

O dever de sigilo estará sempre ligado ao risco de prejuízo à empresa, ou seja, qualquer informação vazada que não seja de domínio público, ou que cause prejuízo ao empregador, deve ser preservada, mesmo que seja verdadeira²⁰⁷.

O dever de não concorrência relaciona-se com a proibição do empregado não entrar em concorrência com seu empregador, limitando-se as atividades do empregado fora do tempo de trabalho, o que não significa dizer que este não poderá ter outro trabalho (salvo nos casos de cláusula de exclusividade²⁰⁸), desde que não vá de encontro com os interesses do empregador.

Este dever cessará quando da ruptura contratual, podendo o empregado, a partir daí, desempenhar funções concorrentes, salvo se houver cláusula contratual em sentido contrário.

Por ambos não estarem atrelados ao dever principal do trabalhador, podem ser exigidos mesmo que fora do local e do tempo de trabalho, nas chamadas condutas

reprovável.” Disponível em www.dgsi.pt. Ver também decisão do STJ de 2/12/2013, Rel. Melo Lima, disponível em www.dsgi.pt, sobre o dever de lealdade e a boa-fé.

²⁰⁴ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito (...) ops. cit.* pg. 519.

²⁰⁵ RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado II. ops. cit.* pg. 443.

²⁰⁶ *Ibidem*, pg. 520-521.

²⁰⁷ *Idem*, pg. 526.

²⁰⁸ Houve violação do dever de lealdade a trabalhadora que se obrigou a não prestar serviços docentes em tempo integral em outra instituição de ensino, apesar de ter prestado em tempo parcial, e não comunicou o empregador de tal fato. STJ decisão de 9/6/2010, Rel. Pinto Hespanhol, disponível em www.dgsi.pt.

extralaborais, fora do trabalho, ou extramuros da empresa. O princípio geral norteador desta matéria é o da irrelevância das condutas extralaborais do trabalhador, mais especificadamente, as condutas da sua vida privada²⁰⁹.

LEAL AMADO expõe dois dogmas antes de chegar a esse princípio geral, o da *separação radical entre a vida profissional e vida pessoal do trabalhador* e o da *absorção integral da esfera pessoal do trabalhador pela sua esfera profissional*²¹⁰, onde o primeiro representaria um conglomerado de ilhas (ilha pessoal, ilha conjugal, ilha vida profissional), o que não poderia ser aceito, por “inexistirem muros intransponíveis nesta matéria”²¹¹, e o segundo significaria o trabalhador como sendo um ser humano totalmente voltado ao trabalho, confundindo-se a autoridade empregadora com a patronal, fato esse que também não poderia ocorrer, pois o trabalhador não é o antigo servo, “que devia obediência para além daquilo a que o obrigava a sua profissão”²¹².

Desta forma, chega-se a um meio termo, onde a vida pessoal do trabalhador somente poderá vir a ser considerada se repercutir no vínculo laboral²¹³, devendo esta conduta ser extremamente grave ao ponto que justifique a violação da sua vida privada²¹⁴,

²⁰⁹ RAMALHO, Maria do Rosário. *Factos da vida privada, prova ilícita e despedimento*. Questões Laborais n. 42. Coimbra: Almedina, 2013. pg. 584.

²¹⁰ *Ops. cit.* 376-379.

²¹¹ *Idem.* pg. 376.

²¹² João Leal Amado citando Jorge Leite. *Direito do Trabalho*, vol. II, pg. 52. *Idem.* pg. 377.

²¹³ Em Portugal, ficou famosa a decisão de um piloto que, antes de pilotar, ingere bebidas alcoólicas no hotel onde deveria estar descansando. Nesta decisão também foi contemplado o fato do hotel ser o mesmo que os utilizados pelos hóspedes, repercutindo de forma negativa aos clientes da companhia aérea. Acórdão do STJ datado de 11/5/1994, disponível em www.dgsi.pt. Poucos meses depois, em 7/12/1994, outro Acórdão do STJ julgou correto o despedimento por justa causa de um comissário de bordo que, juntamente com outro colega de trabalho e duas senhoras, aproveitaram o tempo para se divertir com garrafas de *whisky*, vindo a perturbar outros hóspedes, ao invés de descansar – disponível em www.dgsi.pt. Também foi considerada uma conduta extralaboral para sanção disciplinar o caso em que o empregado enviou diversas mensagens de SMS de cunho sexual a outro funcionário, mesmo que fora do local e tempo de trabalho. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21/9/2015, relatoria de Rui Penha, disponível em www.dgsi.pt. Para mais situações, ver *Justa causa e esfera privada* Guilherme Dray, *ops.cit.* pgs.37 a 91.

²¹⁴ DREY, Guilherme. *Ops. Cit.* pg. 70. Na mesma esteira de entendimento, foi a decisão do STJ de 17/12/2014: “Reconhecendo, embora, que a intromissão do empregador na esfera da vida privada do trabalhador está, por regra, vedada, situações existem que – observados os princípios da proporcionalidade e adequação – consentem essa intromissão, mormente aquelas que, pela repercussão grave na execução do vínculo laboral e/ou por minarem a confiança do empregador na continuação deste, podem justificar àquele a reação disciplinar.” Disponível em www.dgsi.pt.

não sendo todo e qualquer ato do trabalhador possível de ser apurado pelo empregador, operando-se também com limites.

Como bem salientado por JOÃO ABRANTES: “A vida privada do trabalhador pode, por conseguinte, ter um relevo meramente indirecto na consistência do vínculo laboral, na medida em que se reflecta negativamente na vida de trabalho, sendo que, em todo o caso, não é aquela vida extraprofissional, mas apenas este reflexo, que pode ser objeto de sanções aplicadas pelo empregador.”²¹⁵

Muitas vezes, o reflexo negativo operará através da perda da confiança entre as partes, em que a idoneidade do trabalhador é colocada em xeque, permanecendo o empregador em uma situação de insegurança, sem saber se aquela conduta ocorrerá novamente, desde que, repita-se, a conduta extralaboral seja grave o suficiente a infringir a esfera privada do trabalhador²¹⁶.

Como se verá no item redes sociais é muito comum os trabalhadores expressarem suas opiniões por meio da rede social, fora do tempo e local de trabalho, com consequências diretas no contrato de trabalho.

b) elemento objetivo

Como elemento objetivo da justa causa, temos a impossibilidade prática e imediata de subsistência do vínculo. Difícil traduzir o que significa impossibilidade prática e imediata da subsistência da relação de emprego. BERNARDO XAVIER leciona que a expressão não diz respeito ao contrato de trabalho em si, mas sim com as

²¹⁵ *O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do Trabalhador*. Estudos sobre o Código do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pg. 162. Este reflexo da conduta variará conforme o tempo em que a conduta for apurada, estando a jurisprudência apegada a posições de liberdade daquele determinado período. Como exemplo, citamos uma decisão proferida na Espanha em 1965 que validou a justa causa de despedimento a um trabalhador por ele ser homossexual, com entendimento que a conduta homossexual era considerada “falta grave de respeito que legitima o despido, rãzona el tribunal que los actos de homosexualidade, aun fuera del lugar de la tarea... implican sin preciosión de abundar razones, una mácula em el orden moral, una ofensa y una desviación de las buenas costumbres desmerecedoras del concepto público, transcendente al prestigio la empresa, causa de disgusto e incomodidade de los companeros de trabajo forzados al roce com el desprestigiado”. SEIN, Jose Luis Goni. *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madri: Civitas, 1988. pg. 257.

²¹⁶ SEIN, Jose Luis Goni. *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madri: Civitas, 1988. pg. 261.

“prestações contratuais”, as quais traduzem um “*modo sintético de referir uma situação em que a emergência no despedimento ganha interesse prevalecente sobre as garantias do despedimento*”²¹⁷. A inexorabilidade do vínculo põe em causa os interesses da premência da desvinculação e o da manutenção do posto de trabalho²¹⁸.

MENEZES CORDEIRO entende pela impossibilidade da relação laboral nos casos em que essa “tenha entrado em tal modo em crise, que não mais se possam manter”²¹⁹. O Superior Tribunal de Justiça de Portugal define a expressão: “sempre que, nas circunstâncias concretas, a permanência do contrato e das relações pessoais e patrimoniais que ele importa sejam de forma a ferir, de modo exagerado e violento, a sensibilidade e a liberdade psicológica de uma pessoa normal, colocada na posição de empregador, ou seja, sempre que a continuidade do vínculo represente uma incompatível e injusta imposição ao empregador”.²²⁰

Em razão dessa impossibilidade, a ruptura deve ser aplicada com rapidez, em atenção ao princípio da atualidade ou imediatidade. O empregador não pode guardar tal fato para si e aplicar a sanção sempre que lhe aprouver, devendo pensar rapidamente na decisão de rescindir ou não o contrato de trabalho; apurar se a falta cometida é suficientemente grave a fim de justificar a rescisão, ou se merece ser perdoada e esquecida, demonstrando “ou uma diminuta sensibilidade do contraente que tinha notícia da falta, ou, então, a pouca importância que o fato tem a seus olhos. E deste modo cessa o fato de ser motivo legítimo para uma rescisão tardia”²²¹.

A imediatidade deve ser considerada quando do conhecimento da conduta do empregado pelo empregador, e não da data do fato em si. No Direito português, o prazo é de sessenta dias para o empregador, ou o superior hierárquico, iniciar o procedimento disciplinar quando tiver conhecimento da infração, prescrevendo o direito de punir um

²¹⁷ *Manual (...) ops. cit.* pg. 799.

²¹⁸ FERNANDES, António Monteiro. *Direito (...) ops. cit.* pg. 517.

²¹⁹ *Justa causa de despedimento. Ibidem.* pg. 13.

²²⁰ STJ 10-fev-1999. Citação feita no artigo *Justa causa de despedimento* de Menezes Cordeiro. *Ops. cit.* pg. 13.

²²¹ FILHO, Evaristo de Moraes. *A justa causa (...) ops. cit.* pg. 110, citando Barasi, em *Il contratto di lavoro*. Pg. 870.

ano após a prática desta, nos termos do art. 329, n. 2 e 1, respectivamente. Válido ressaltar que o início dos processos disciplinares para despedimento é causa de suspensão, nos termos do art. 352 e 353, n. 3 do CT.

O Direito brasileiro não prevê nenhum prazo para aplicação da justa causa, tendo a jurisprudência formado entendimento que este deve ocorrer em tempo razoável à apuração concreta dos fatos para que não se opere alguma injustiça²²², levando-se em consideração a estrutura do empregador, se uma pequena, média ou grande empresa, e, ainda, se pertencente ao setor público ou privado²²³.

Passado o prazo previsto no Direito português, ou um tempo razoável no Direito brasileiro, ocorrerá o perdão tácito, não podendo mais o empregador punir o empregado decorrente daquela conduta. Ao não aplicar a justa causa, entende-se que a conduta não tenha sido tão grave ao ponto de se tornar insubsistente a relação de trabalho, ponto que se analisará abaixo.

Ainda sobre a inexibibilidade do vínculo está ligada a duas ideias principais, à da permanência das relações laborais e à ligação do fato e sua consequência, ou seja, cria-se um suporte psicológico do vínculo, onde a sua permanência não pode ser uma imposição ao empregador²²⁴.

Com relação a esse suporte psicológico, a jurisprudência portuguesa traduz essa expressão para confiança entre as partes que, uma vez quebrada, não será mais exigida a

²²² Válida a transcrição de ementa de decisão do TRT 2 Região: JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE IMEDIATIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. A ausência de imediatidade somente se configura quando, pelo decurso excessivo de tempo entre a falta cometida e a punição aplicada, restar evidente o desinteresse da empresa em punir o empregado. Esse período varia conforme o caso concreto. Na hipótese *sub examen*, o interregno de treze dias não afasta o requisito da imediatidade, mormente porque foram utilizados para averiguar a veracidade das informações contidas no atestado médico possivelmente adulterado.” Processo n. 1000091-84.2013.5.02.0342 (RO), Des. Relator Sidnei Alves Teixeira, 8 Turma. Algumas decisões aplicam o prazo de trinta dias para apuração de falta, em alusão à aplicação ao abandono de emprego. Nesse sentido: TRT-3 - RO: 00502201314603002 0000502-26.2013.5.03.0146, Relator: Milton V.Thibau de Almeida, Quinta Turma, Data de Publicação: 09/12/2013,06/12/2013. DEJT. Disponível em www.trt3.jus.br.

²²³ TRT-2 - RO: 18391820125020 SP 20130010872, Relator: FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO, Data de Julgamento: 02/05/2013, 14ª TURMA, Data de Publicação: 10/05/2013. Disponível em www.trtsp.jus.br

²²⁴ FERNANDES. António Monteiro. *Direito (...)*. 17 ed, 2014. Pg. 519.

manutenção do vínculo pelo empregador²²⁵, mesmo que inexistente o prejuízo, em casos de furtos insignificantes, por exemplo²²⁶. O quesito da confiança auxilia a apreciação da justa causa num prognóstico da viabilidade futura da relação de emprego, ou seja, se depois do fato seja possível a manutenção do vínculo²²⁷.

No Brasil, por inexistir na lei um conceito de justa causa, sem previsão da questão da impossibilidade da manutenção do vínculo, como no Direito português, a doutrina e a jurisprudência utilizam no mesmo sentido a questão da lesão da confiança como o critério principal²²⁸ a fim de justificar o despedimento por justa causa disciplinar, indo no mesmo sentido da jurisprudência portuguesa quanto à inexistência do prejuízo²²⁹. Apesar de

²²⁵ *Idem*, pg. 520-521. Nesse diapasão, decidiu o STJ em 10-09-2014: “No âmbito dos contratos de execução continuada ou que pressupõem uma relação de confiança e de colaboração estreita – assim, o contrato de trabalho - um inadimplemento, ainda que de menor importância, poderá legitimar a resolução se, pela sua natureza e pelas circunstâncias de que se rodeou, for de molde (elemento sintomático) a fazer desaparecer a confiança do credor no exato e fiel cumprimento das obrigações contratuais em geral.” Disponível em www.dgsi.pt. Também com relação à quebra de confiança entre as partes, o STJ em 30/4/2014 (decisão disponível em www.dgsi.pt), entendeu ter havido quebra irreparável de confiança entre as partes a conduta de um docente de ensino superior o incumprimento de normas internas sobre a avaliação dos alunos, cujo cumprimento é base da credibilidade daquele estabelecimento de ensino. Ver também decisões do STJ de 12-03-2014, Rel. Antonio Leones Dantas, de 05-02-2014, Rel. Fernandes da Silva, de 22/9/2010, Rel. Sousa Grandão, de 4/10/2010, Rel. Diniz Nunes, todas disponíveis em www.dgsi.pt. Para outros exemplo, verificar CORDEIRO, António Menezes. *Manual (...) ops. cit.* pg. 826-828. Válida a transcrição sobre o assunto de decisão da Corte Suprema Espanhola: “si el específico comportamiento, valorado no sólo em su contenido objetivo, sino tambien em alcance subjetivo, especialmente em relación a las circunstancias y condiciones em que há sido realizado, a sus motivos y a sus efectos, además del elemento intencional culposos, resulta tal de lesionar gravemente como de hacer disminuir la fidúcia que el empresário debe poner em el próprio dependiente em aquella particular relación”. SEIN, Jose Luis Goni. *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madri: Civitas, 1988. pg. 261.

²²⁶ Decidiu nesses termos o STJ em 18/4/2007 (disponível em www.dgsi.pt), no caso de uma trabalhadora grávida, que em sucessivos dias retirou do supermercado, onde trabalhava como operadora de caixa registradora, produtos que estavam no mostruário, sem nada pagar por eles, aplicando vales de descontos nesses produtos, sendo que uma das suas atribuições era impedir que os vales fossem utilizados em produtos que não estavam autorizados, o que foi exatamente o caso. Válida a transcrição de trecho do Acórdão: “A quebra da confiança entre empregador e trabalhador não se afere pela existência de prejuízos, podendo existir sem estes, bastando que o comportamento do trabalhador seja apto a gerar no empregador a dúvida sobre a idoneidade da sua conduta futura.” Também ocorreu a quebra da confiança do empregado que, trabalhando há mais de 19 anos na empresa e no terceiro nível de hierarquia, apõe sua rubrica em duas medições, autorizando o pagamento da obra, sendo que na verdade as obras ainda não estavam concluídas, gerando prejuízos ao empregador (Acórdão STJ de 3/5/2006, disponível em www.dgsi.pt).

²²⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual (...) ops. cit.* pg. 798.

²²⁸ Para Evaristo de Moraes Filho (*A justa causa ... ops. cit.* pg. 88), por ser o rol da justa causa taxativo no Direito brasileiro, pouco se discutiu em relação ao conceito de justa causa e seus critérios, preferindo sempre se recorrer as disposições taxativas da lei.

²²⁹ Desde 1958 se decide nesse sentido. Citamos jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho de 1º/10/1958: “Pouco importa o valor do objeto subtraído pelo empregado para caracterizar a falta grave, visto como a improbidade é falta que não comporta graduação, desde que, por si só, acarreta a quebra de fidúcia necessária às relações de trabalho” – citado em FILHO, Evaristo de Moraes. *A justa causa (...) ops. cit.* pg. 86.

genérico e subjetivo, o fator da confiança deve ser levado em consideração para a justa causa por haver um fundo ético e de boa-fé em toda relação de emprego²³⁰, no sentido bilateral, ou seja, tanto pelo lado do emprego como pelo lado do empregador.

Assim, a gravidade da conduta do trabalhador é fator decisivo na impossibilidade prática e imediata na subsistência da relação do emprego.

No Direito romano, existiam três tipos de culpa: *lata*, *levis* e *levíssima*, representando a primeira culpa grosseira, comparando-a com o dolo; a segunda, culpa leve, comparando-a com a conduta do homem médio; e a terceira, aquela culpa muito leve, quase considerada um caso fortuito. Evaristo de Moraes entende que esta classificação possa ser utilizada para a aplicação da justa causa. Esta classificação pode ser utilizada na aplicação da justa causa²³¹.

As demais faltas deverão ser punidas com instrumentos mais brandos, como as advertências, suspensões, etc., obedecendo-se o critério de gradação da pena e da proporcionalidade entre a pena e a falta²³², não podendo uma falta leve ser punida com a rescisão por justa causa, configurando um dos requisitos para apreciação da justa causa.

²³⁰Evaristo de Moraes Filho admite que a confiança é um dos elementos da relação de trabalho, sendo essa a razão pela qual a sua quebra justificaria na justa causa de despedimento - *A justa causa ... ops. cit.* pg. 88 e desenvolve mais no ponto 41 sobre a quebra da confiança como requisito para justa causa. Em sentido contrário, Maria do Rosário defende que a confiança não faz parte dos elementos do contrato de trabalho. *Tratado I (...) ops. cit.* pg. 454 e ss.

²³¹ FILHO, Evaristo de Moraes. *A justa causa (...) ops. cit.* pg. 128-129.

²³² No mesmo sentido, é o Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2 Região proferido no processo n. 1000729-65.2013.5.02.0521, disponível em: http://search.trtsp.jus.br/easysearch/?template=TRTSP_PJE#q=justa%20causa%20grada%C3%A7%C3%A3o%20pedag%C3%A3o%20pedag%C3%A3o (acesso em 18 de fevereiro de 2017): “A existência de reiteradas faltas injustificadas ao serviço, com a consequente aplicação das penalidades cabíveis, com gradação pedagógica, sem correção de atitude pela empregada, evidencia comportamento desidioso que autoriza a dispensa por justa causa, nos termos da alínea “e”, do art. 482 da CLT. Não há que se falar, portanto, em excesso de rigor na aplicação da penalidade. Vale destacar que a justa causa foi aplicada somente depois de outras punições mais brandas, de advertência e suspensões, que demonstra ter sido observado, portanto, a gradação pedagógica no exercício do poder disciplinar.” O Tribunal Superior do Trabalho não exige a gradação da aplicação sancionatória, sendo suficiente a aplicação de advertências seguida da justa causa: “Falta grave. Desídia. Caracterização. As ausências contínuas e injustificadas ao serviço autorizam a rescisão contratual por justa causa (art. 483, letra e, da CLT). Para a configuração da desídia não é imprescindível a existência de gradação na aplicação das penalidades disciplinares, sendo suficiente que o empregado tenha sido advertido por diversas vezes durante a execução do contrato. Recurso de revista conhecido, por divergência jurisprudencial, e não provido.” TST RR 435.521/98. 1 Turma, Relator Juiz Convocado Altino Pedrozo dos Santos – DJU 7.6.2002. *Revista TST*, v. 68, n. 3, p. 390.

A conduta do trabalhador deve ser avaliada *in concreto*, não só tomando como base uma medida padrão, de um bom trabalhador (*bônus pater familias*)²³³, mas levando em consideração também as “condições pessoais do agente e outras circunstâncias concretas de tempo, meio, costumes, etc”²³⁴.

LEAL AMADO, citando Jorge Leite, aponta para um conceito *objetivo-normativo* da gravidade do comportamento e não *subjetivo-normativo*, onde deverão ser aplicados critérios de razoabilidade, como a natureza da relação, as circunstâncias e os interesses em jogo, ao invés de critérios subjetivos do empregador²³⁵.

Nesse sentido, foi a preocupação do legislador português ao contemplar no n. 3 do art. 351 critérios orientadores coadjuvantes para se apreciar a justa causa, tais como o quadro de gestão da empresa, o grau de lesão dos interesses do empregador, o caráter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e seus companheiros e demais circunstâncias que no caso sejam relevantes.

A legislação brasileira não fez a mesma referência, mas a doutrina avalia esses critérios, nomeando-o de requisito circunstancial, o qual deve ser analisado no contexto do tempo, lugar, ambiente, costumes, quadro socioeconômico do trabalhador, tais como

²³³ A conduta do homem médio deve ser levada em consideração, mas levando-se em conta também critérios objetivos do caso concreto, sendo um complementar ao outro. Como exemplo, citamos Acórdão do STJ de 4/11/2009 de relatoria de Sousa Grandão, disponível em www.dgsi.pt, a respeito: A acrescer aos enunciados elementos, tem vindo a jurisprudência a considerar também que: “na apreciação da gravidade da culpa e das suas consequências, deve atender-se ao entendimento de um *bonus pater familias*, de um empregador razoável, segundo critérios de objectividade e de normalidade (art.º 487.º n.º 2 do CC), em face do condicionalismo de cada caso concreto; o elemento basilar do conceito de justa causa reconduz-se à impossibilidade prática e imediata da manutenção da relação laboral, sendo necessário fazer um prognóstico sobre a viabilidade do vínculo estabelecido para se afirmar a sua idoneidade ou a sua inaptidão para prosseguir a função típica que lhe está alocada”.

²³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, 18 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003. Pg. 701, citando Délio Maranhão, exposto na obra *Direito do Trabalho*, FGV, 1971, p. 219. Evaristo Moraes Filho acresce ainda a “personalidade do agente e suas condições psicológicas, sua capacidade de discernimento, e assim por diante.” *Ops. cit.* pg. 52. António Monteiro Fernandes também ressalta este ponto, lembrando que não pode ser feito um “juízo de abstrata adequação entre *tipo* de causa e *tipo* de consequência.” *Direito (...) ops. cit.* 17 ed, 2014. Pg. 514. Maria do Rosário ressalta também o perfil laboral específico, se um trabalhador indiferenciado ou especializado, um trabalhador de base ou um técnico superior, o grau de diligência seria diverso – *ops. cit. Tratado II.* pg. 955

²³⁵ *Contrato de Trabalho*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Pg. 370.

idade, formação pessoal e profissional, escolaridade e grau de discernimento do empregado²³⁶.

c) Nexo de causalidade entre os elementos anteriores e a imediatidade

A infração disciplinar deve relacionar-se com a penalidade aplicada, havendo um nexo de causalidade direto entre elas. Como bem ilustra GODINHO DELGADO: “Não se pode utilizar determinada falta recém-ocorrida para punir-se infração anterior não apenada: a vinculação entre a infração e a pena deve, portanto, ser direta”²³⁷.

Não poderá haver dupla punição, sendo que a falta praticada deve ser punida com uma sanção somente. No Brasil, essa verificação é chamada pela doutrina de *non bis in idem*, representando um dos requisitos circunstanciais para avaliação da justa causa. Também não poderá haver discriminação na forma de punir entre os mesmos empregados, sendo que para um determinado ato, deve haver a mesma punição.

Um dos fatores a ser verificado para considerar se houve ou não discriminação por parte do empregador é justamente a análise de suas condutas antepassadas. Por exemplo, se determinado empregador, que sempre se mostrou tolerante com atrasos reiterados, resolve aplicar suspensão a determinado empregado que se atrasa pela primeira vez, é cediço que sua decisão não será coerente, podendo, dessa forma, demonstrar indícios de discriminação para com esse empregado. O mesmo deve ocorrer com os cargos dos funcionários envolvidos, ponto que abordaremos no item seguinte, quando analisarmos os critérios coadjuvantes da justa causa.

1.5. Pontos de discussão quando o despedimento por justa causa é decorrente de atos praticados nas redes sociais.

Todos os requisitos vistos no item acima são aplicados normalmente quando o ato ensejador da justa causa é praticado nas redes sociais. Não é necessária uma nova

²³⁶ Ver Acórdão TRT 2 Região, processo n. nº 0001363-50.2011.5.02.0068 - 4ª Turma, Desembargadora Relatora Ivani Contini Bramante, DOE 05.11.2012. disponível em www.trtsp.jus.br.

²³⁷ *Curso (...) ops. cit.* Pg. 1356.

legislação a respeito, estando aptas as leis existentes para enquadramento destas condutas realizadas no meio digital.

No entanto, as redes sociais, por suas configurações, mecanismos e ferramentas, trazem novas discussões de antigos institutos. A questão da validade da prova foi há muito já introduzida no ordenamento jurídico português e brasileiro, agora é analisada sob o prisma da rede social. A antiga discussão sobre o limite da liberdade de expressão e o direito de imagem de outro, bem como o direito de crítica, ganham um novo cenário, com possibilidade de dano e sua perpetuação antes jamais imaginada. Ou ainda a preclusão do poder de aplicação da justa causa, também é analisada através dos mecanismos das redes sociais.

Faremos uma breve introdução sobre as redes sociais e os direitos de personalidade dos trabalhadores, passando para análise dos atos praticados nestas e seus reflexos na dispensa por justa causa.

Na definição de Manuel Castells: “redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura.”²³⁸, sendo um conjunto de nós conectados. As redes sociais são inerentes à própria sociedade, pois aglomeram pessoas com os mesmos interesses, gostos ou ideias em pequenas comunidades a fim de discutir e trocar informações a respeito, tendo como exemplo, o clube do livro e clubes de futebol²³⁹. A principal característica da rede social é a sua abertura, interligando pessoas que possuem identidade entre si, não existindo grau de hierarquia, mas sim uma comunicação horizontal entre os participantes, diferenciando-a de outras formas de estrutura²⁴⁰.

²³⁸ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Edição revista e atualizada. 18 ed. São Paulo: Paz&Terra, 2017, pg. 553.

²³⁹ MOREIRA, Tereza Coelho. *A privacidade dos trabalhadores e a utilização das redes sociais online: algumas questões*. Questões Laborais n. 41, ano XX, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pg. 53.

²⁴⁰ Duarte, Fábio e Frei, Klaus. *Redes Urbanas*. In: Duarte, Fábio; Quandt, Carlos; Souza, Queila. *O Tempo Das Redes*, São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 2008. p. 156.

Com a evolução da tecnologia, criou-se “uma nova base material para o desempenho de atividades em toda a estrutura social”²⁴¹ e as redes sociais passaram a ser também *on-line*, podendo ser definidas como: “um serviço *Web* que permite a um indivíduo (1) construir perfis públicos ou semipúblicos dentro de um sistema, (2) articular uma lista de outros usuários com os quais ele(a) compartilha conexões e (3) visualizar e percorrer suas listas de conexões assim como outras listas criadas por outros usuários do sistema”²⁴².

Nem sempre a ideia de rede social estará associada à criação de um perfil, podendo ser também associada ao que se chama de atores sociais, geralmente individualizado e personalizado, e suas conexões (interações)²⁴³.

Ainda de acordo com a doutrina, as redes sociais podem ser definidas como uma: “estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações e que, em princípio, compartilham valores e objectivos comuns”²⁴⁴

Apesar das redes sociais já existirem antes mesmo da *Internet*, as redes sociais *on-line* - denominadas, nesse trabalho, somente rede social - modificaram e ampliaram significativamente o meio de integração entre as pessoas. Por meio de computadores, *tablets* e celulares, os participantes da rede social podem, à distância de um *click*, expressar opiniões, participar de debates, modelar e remodelar seu perfil pessoal e profissional, atualizar-se acerca dos fatos da vida cotidiana, entre outros.

Como bem colocado por REGINA REDINHA: “depois da igreja, do café da praça e do centro comercial, o ponto de encontro parece ser a rede social, que há muito deixou

²⁴¹ *Ibidem*. CASTELLS, Manuel. (...) pg. 554.

²⁴² Tradução livre feita do texto ELLISON, Nicole B. "Social network sites: Definition, history, and scholarship." *Journal of Computer-Mediated Communication* 13.1 (2007). Pg. 211.

²⁴³ Recuero, Raquel. *Redes sociais na internet, difusão de informação e jornalismo: elementos para discussão*. Metamorfozes jornalísticas 2, 2009. pg. 1-269.

Disponível em:
http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/14759510/artigoredesjornalismorecuero.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1489964062&Signature=%2FCk0OM3KzteRXqDGfWnnMs7WrQA%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DRedes_Sociais_na_Internet_Difusao_de_Inf.pdf. Acesso em 19-03-2017.

²⁴⁴ Tribunal da Relação do Porto, acórdão de 08-09-2014, disponível em www.dgsi.pt.

de ser o prolongamento do recreio da escola, para ser um local de convívio, de trabalho, de propaganda política e até de prática de atos ilícitos”²⁴⁵.

Apesar de facilitar a imediata conexão entre cidadãos de todo um planeta, concorda-se com Maria Regina Redinha no que tange à duvidosa socialização por meio dessas, diante de uma possível “desperfonicação” com auxílio da tecnologia como o *Photoshop*²⁴⁶, assumindo uma espécie de *second life*²⁴⁷.

A primeira rede social surge em 1997²⁴⁸, a *Sixdegrees*, possibilitando aos usuários sua apresentação em um perfil e a comunicação com terceiros. Em princípio, as redes sociais foram utilizadas primordialmente por estudantes, sendo atualmente utilizadas por pessoas de diversas idades, não só físicas como jurídicas.

As pessoas jurídicas alteraram sua forma de *marketing* em razão das redes sociais, assim como a forma de comunicação com seus clientes. O *marketing* tradicional de outrora, comumente utilizado antes das redes sociais, é hoje considerado menos eficaz e dispendioso, já que as ações de *marketing* veiculadas na *Internet* atingem um nível incomparável com qualquer outro meio de comunicação, especialmente se inserido dentro das redes sociais, possibilitando um contato constante do consumidor com a marca.

Atualmente, diversas são as redes sociais²⁴⁹, podendo o usuário, a depender do objetivo almejado, escolher aquela(s) que deseja participar. Se o objetivo disser respeito à colocação profissional, terá à sua disposição o *LinkedIn*, por exemplo. Se seu interesse for em relacionamentos e trocas de informação, terá *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *Google+*, *Myspace*, *Badoo*; se acadêmicos, (*academia.edu*), turísticos, (*Coushsurfing*), e assim sucessivamente.

No que tange ao *whatsApp*, se utilizarmos a primeira definição de rede social feita alhures, este aplicativo não se enquadraria como tal. No entanto, se utilizarmos a segunda

²⁴⁵ REDINHA, Maria Regina. *Redes sociais: incidência laboral*. Centro de Estudos Judiciário – Prontuário de Direito do Trabalho, n. 87, Setembro-Dezembro. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Pg.34.

²⁴⁶ REDINHA, Maria Regina. *Redes (...) ops. cit.* pg. 33.

²⁴⁷ Expressão utilizada por Teresa Coelho Moreira., *a privacidade (...) ops. cit.* pg. 57.

²⁴⁸ ELLISON, Nicole B. "Social network (...) ops. Cit. pg. 212.

²⁴⁹ https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_social_networking_websites#W, acesso em 19-03-2017.

e a terceira definições, poder-se-ia enquadrá-lo, diante da possibilidade de formação de grupos, como um instrumento cada dia mais comum na comunicação entre amigos, colegas de trabalho, prestadores de serviços, ainda mais com os novos botões de encaminhar mensagens, vídeos, fotos, enquadrando-se no quesito compartilhar ideias, valores, etc.

Há a possibilidade de o *WhatsApp* ser utilizado no computador, mas seu uso mais comum é através dos *smartphones*, fato que vem ocorrendo também com as demais redes sociais e o próprio acesso à *Internet*, permitindo a inclusão, compartilhamento, consultas ou alterações de informações digitais de forma mais simples e rápida, através do simples toque da tela. Em razão disso, pode-se dizer que esses novos meios de comunicação representam tanto um instrumento de trabalho, como meio de uso pessoal, falando-se em tecnologias de fronteira-limite entre o pessoal e o profissional²⁵⁰.

Apesar dos *smartphones* e das redes sociais significarem um risco na divisão entre pessoa do trabalhador e o trabalho, essa preocupação não adveio daí, mas sim do próprio contrato de trabalho, trazendo as novas tecnologias somente riscos maiores.

A subordinação, por si só, autolimita os direitos de personalidade do trabalhador, podendo-se afirmar que o trabalhador perde a sua autonomia ao sujeitar-se às sanções imediatas do empregador²⁵¹.

Diante da relação de dependência, caracterizada pela submissão do empregado às ordens do empregador, há, sem dúvida, um perigo para o livre desenvolvimento da personalidade e dignidade do trabalhador²⁵².

Além da subordinação, o próprio objeto do contrato, qual seja, a disponibilidade da mão de obra, limita a liberdade do trabalhador que, em face da heterodeterminação do tempo e do local a ser prestado serviço, se vê obrigado a cumprir ordens em um

²⁵⁰ Sánchez Abril, Patricia, Avner Levin, and Alissa Del Riego. *Blurred boundaries: Social media privacy and the twenty - first - century employee*. American Business Law Journal 49.1, 2012. Pg. 64.

²⁵¹ CORDEIRO, António Menezes. *O respeito pela esfera privada do trabalhador*. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias. Coordenação António Moreira. Coimbra: Almedina, 1998. pg. 19.

²⁵² ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coimbra: Almedina, 1999. pg. 105.

determinado horário e lugar, condicionando o jeito de desenvolver o seu trabalho, destinando o tempo que sobrar à sua vida privada²⁵³.

Referida limitação ainda é agravada em razão de outra característica essencial que é a pessoalidade, pois é impossível separar a atividade laboral do trabalhador de sua pessoa²⁵⁴, estando inserido na forma da prestação de serviço²⁵⁵, além das qualidades pessoais do trabalhador²⁵⁶ no desenvolvimento do seu trabalho.

Como bem salientado por REGINA REDINHA, a preocupação do Direito do Trabalho vem evoluindo no sentido da qualificação do empregado para se contrapor à atual situação de precarização e diferentes modelos de contratação, garantindo aos trabalhadores sua posição de cidadão e humanos que são dentro dos seus empregos²⁵⁷.

Se num primeiro momento priorizaram-se os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, como o direito coletivo, agora é assegurado o direito à cidadania na empresa, reconhecendo os direitos fundamentais não específicos de cidadão ao trabalhador enquanto realiza seu trabalho na empresa, mantendo-se todos os seus direitos enquanto pessoa²⁵⁸.

²⁵³ DREY, Guilherme. *Justa causa (...) ops.cit.* pg. 36. Entre a separação da vida profissional com a privada, Julio Gomes cita decisão do Tribunal Europeu do Direito do Homem em Acórdão de 16 de dezembro de 1992: “Nas ocupações de seja quem for não se sempre distinguir entre o que pertence ao profissional e o que está fora do mesmo, especialmente nas tarefas de um membro de uma profissão liberal que podem constituir um elemento da vida privada em tão alto grau que não se pode dizer em que qualidade actua em cada momento”. *Ops. cit.* pg. 271- nota 717.

²⁵⁴ PALMA RAMALHO, *Tratado I, ops. cit.* pgs. 459 e ss, divide em três fatores a inseparabilidade da atividade laboral da pessoa do trabalhador: grau de indeterminação desta prestação, em razão da constante adaptação do trabalhador nas tarefas concretas e ainda em razão do caráter duradouro do vínculo; conteúdo amplo dos poderes laborais, principalmente o poder disciplinar, impondo regras de conduta diretamente à pessoa do trabalhador e o dever de obediência, ligada à atitude de disponibilização permanente do trabalhador aos comandos do empregador.

²⁵⁵ José João Abrantes menciona que o próprio objeto do contrato, qual seja, a “*disponibilidade da força de trabalho* – que torne inevitável todo um conjunto de notáveis limitações à liberdade pessoal do trabalhador”. *Ops. cit.*pg. 147.

²⁵⁶ Como bem ressalta Palma Ramalho, em processos de recrutamento cada vez mais as qualidades dos trabalhadores se sobressaem no momento da escolha para o novo cargo, bem como essas características podem vir a ser a causa do rompimento do vínculo, no caso do despedimento por inadaptação. *Ops. cit. Tratado I*, pgs. 462-463. José João Abrantes acrescenta que as aptidões físicas psíquicas e técnicas são empenhadas na conduta laboral. *Ibidem.* pg.147.

²⁵⁷ *Os direitos de personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão.* A Reforma do Código do Trabalho. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pg. 161.

²⁵⁸ ABRANTES. José João. *Ops.cit.* pg. 148-149.

A despeito dessa intromissão e, em razão dela, é que a tutela da personalidade do trabalhador deve ser reforçada. O empregado não deixa de ser um indivíduo dotado de direito²⁵⁹ somente por estar integrado na empresa, ainda mais na sociedade hodierna caracterizada pela intervenção da tecnologia²⁶⁰, que se desenvolve em uma celeridade dificilmente alcançada por qualquer meio normativo.

O trabalhador enquanto pessoa é sujeito de direitos, possuindo personalidade jurídica, sendo os direitos de personalidades “direitos subjetivos que projetam a personalidade humana”²⁶¹, tutelam a própria pessoa²⁶² e possuem como objeto²⁶³ bens da personalidade, que são “figurações, linguística e conceptualmente autonomizáveis, relativas a aspectos ligados ao ser humano (...) biológico: vida, integridade física, saúde, necessidades vitais (...); ser humano moral: integridade moral, identidade, nome, imagem, intimidade, etc; ser humano social: família, bom nome e reputação, respeito, etc.”²⁶⁴

Os direitos de personalidades podem ser classificados como: privado, absoluto, gerais, não patrimoniais, inatos, perpétuos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis

²⁵⁹ Apesar do contrato de trabalho ser uma relação sinalagmática e onerosa, na qual existe a troca entre salário-trabalho, “o trabalhador, enquanto bem instrumental da personalidade, exige uma tutela específica, que impede o seu tratamento como simples meio de troca”. José João Abrantes (*idem*, pg. 166) citando Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3 ed., 2001, pg.28.

²⁶⁰ Por causa das tecnologias de informação e comunicação, denomina-se a sociedade atual como “sociedade de informação”, podendo ser aplicado um conceito mais técnico de sociedade da comunicação, “uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação e só em sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem em informação”, conforme Amadeu Guerra (*A privacidade no local de trabalho – as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados, uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. Pg. 9) citando Oliveira Ascensão, *Sociedade de Informação*, In “Direito na Sociedade de Informação”, Vol. I, Coimbra Editora, outubro de 1999, pg. 167.

²⁶¹ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito (...), ops. cit.*, pg. 373.

²⁶² António Menezes Cordeiro chama a atenção para a configuração do direito da personalidade ser voltado para a própria pessoa que se beneficia. Explica que: “A simples existência da figura “direitos de personalidade” logo levanta uma questão: para que reconhecer direitos à pessoa sobre bens que, diretamente, lhe dizem respeito: não seria melhor e mais directo estabelecer um esquema de tutela directa? A resposta é de ordem histórica. A pessoa, em Direito, mormente por via da extensão feita às pessoas colectivas, assume uma dimensão artificial. E assim sendo, ela torna-se insuficiente para protagonizar a competente tutela. Paralelamente, o esquema historicamente mais conseguido para prosseguir tutelas normativas centra-se no direito subjetivo. Pessoas e direitos subjetivos são, pois, conceitos exteriores ao dos direitos de personalidade mas que o condicionam fortemente no seu surgimento e na sua configuração.” *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral, Tomo III (Pessoas – exercício jurídico). Coimbra: Almeida, 2001. pg. 22.

²⁶³ Pelo n. 1 do art. 70 o objeto de tutela geral da personalidade é a personalidade física e moral dos indivíduos, que, conforme Capelo de Sousa: “os bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem”. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pg. 106.

²⁶⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado (...) Ops. cit.* pg. 26.

e de tutela alargada²⁶⁵. GUILHERME DRAY acrescenta ainda o carácter ético, elemento essencial aos direitos de personalidade, pois a pessoa é vista como um ser “pré-legal, que antecede o próprio direito e que é prévio a qualquer atribuição normativa”²⁶⁶. Oliveira Ascensão ressalta ainda que o direito de personalidade dependerá de uma valoração, diante do conteúdo ético envolvendo cada pessoa²⁶⁷.

Apesar do direito de personalidade ser distinto do direito fundamental^{268 269}, aquele também é um direito fundamental, pois figuras afins são consagradas na Constituição, tais como a liberdade de expressão, ocorrendo “sobreposições conceptuais”²⁷⁰.

Os Direitos português e brasileiro acordaram tardiamente aos problemas decorrentes do direito da personalidade, tendo normatizado a questão no Código Civil e na Constituição na última década do século XXI, podendo este ser considerado o Século para os direitos da personalidade, quando o Século XX foi o período dos estudos da boa-fé²⁷¹.

Somente em 2003 os direitos de personalidade foram incluídos na legislação laboral portuguesa, com o advento do Código do Trabalho, mas isso não significa dizer que os trabalhadores não estavam a par da proteção já existente no Direito Civil, como

²⁶⁵ *Idem.* pg.33.

²⁶⁶ DRAY, Guilherme. *Justa causa (...)* ops. cit. pg. 39.

²⁶⁷ Citado por Guilherme Dray, *Idem*, pg. 40, *Direito Civil – Teoria Geral*. Vol. I, pg. 74.

²⁶⁸ Difere-se direitos da personalidade com direitos fundamentais, na medida em que: “os direitos fundamentais foram criados e concebidos tendo em vista a tutela das esferas privadas perante ingerências do poder político – trata-se de direitos dos indivíduos em face ao Estado; os direitos de personalidade, pelo contrário, atendendo ao seu fundo ético, não se circunscrevem a relações de natureza vertical – impõe-se a todos os níveis e em todas as direcções” DREY, Guilherme. *Idem.* pg. 41.

²⁶⁹ A doutrina, principalmente a alemã, questionou a possibilidade de limitação da autonomia privada em respeito aos direitos fundamentais, visto que este primordialmente servia para as ingerências do poder público, e não entre particulares, violando o pilar máximo do direito civil que seria à vontade entre as partes. Sobre este assunto, ver CAUPERS. João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. pg. 167 e ss.

Com relação à eficácia civil dos direitos fundamentais, ver CORDEIRO, António Menezes. *A liberdade de expressão do trabalhador*. II Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, Coordenação António Moreira - conferência de abertura. Coimbra: Almedina, 1999. pg. 31 e ss.

²⁷⁰ *Ibidem.* pg. 27.

²⁷¹ CORDEIRO, António Menezes. *Os direitos da personalidade na civilística portuguesa*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 61, Dezembro de 2001. pgs. 1229-1230.

cidadão comum²⁷² pelas normas do Código Civil à tutela geral personalidade e os dos direitos da personalidade (artigos 70 a 80), bem como os artigos 24 a 27, 34, 35 e 41 da Constituição da República Portuguesa (hoje complementares às leis laborais quando inexistente, como exemplo o direito à imagem previsto no artigo 79 do CC).

Todavia, em razão da desigualdade característica do contrato de trabalho, se justificava a intervenção legislativa específica²⁷³ ao trabalhador (nas fases de formação e execução do contrato) como um regime especial, mas não autónomo e independente das regras constitucionais e civis dos direitos de personalidade²⁷⁴.

Diante da peculiaridade do dia a dia do trabalho, mas sem se esquecer da liberdade de gestão da empresarial, trata-se de um regime que observa a adequação valorativa, “que joga nomeadamente com a articulação de dois princípios tendencialmente opostos (*proteção contraente mais débil e liberdade de gestão empresarial*)”²⁷⁵, não possuindo assim conceitos rígidos.

Nos artigos 15 ao 21 estatuíram-se os direitos: “Liberdade de expressão e de opinião”, “integridade física e moral”, reserva da intimidade da vida privada”, “proteção de dados pessoais”, “dados biométricos”, “testes e exames médicos”, “meios de vigilância a distância”, “utilização de meios de vigilância a distância” e “confidencialidade de

²⁷² Conforme observa Guilherme Dray, in *Código do Trabalho Anotado*, ops. cit. 11 ed, 2017, pg. 138, a visão “pós-industrial” do Direito do Trabalho traz essa visão do trabalhador, o qual é um cidadão pleno no desenvolver de sua atividade, utilizando-se da expressão “*citizenship in work, full citizenship ou personality in work*”.

²⁷³ Luís Gonçalves da Silva, em parecer ao *Código do Trabalho face à Constituição*, elaborado a pedido do Ministério da Segurança Social e do Trabalho (volume III), pg. 425, nota 83, refere-se à crítica feita pela Comissão Nacional de Proteção de Dados, em Parecer inédito (n. 08/03, de 20 de maio), sobre o Código de Trabalho, em que afirmava que a legislação laboral portuguesa avulsa não previa a proteção sobre a recolha de dados para efeito da contratação de pessoal, o que não ocorria em outras legislações no direito comparado.

²⁷⁴ Guilherme Dray, in *Código do Trabalho Anotado*, ops. cit. 11 ed, 2017, pg. 144, aponta três razões pelas quais o regime do Código do Trabalho não é autónomo nem independente dos demais, sendo a primeira o fato da tutela da personalidade necessariamente dialogar entre os ramos do direito, sendo inafastável a sua interdependência; a segunda em razão do rol incluído no Código do Trabalho ser exemplificativo, necessitando da conjugação com os princípios gerais da tutela previstos nos outros diplomas legais, e a terceira diante da compreensão existente dos art. 18 n. 2da CRP e art 335 do CC, aplicando-se os critérios da proporcionalidade e adequação em razão de outros direitos.

²⁷⁵ Anotações feitas por Guilherme Dray, in *Código do Trabalho Anotado*, ops. cit. 11 ed, 2017, pg. 145. Nesse ponto, é ainda ressaltada a importância de conceitos indeterminados, garantindo a ponte entre as ideias de generalidade e segurança jurídica e justiça do caso concreto, diante da casuística a ser aplicada.

mensagens e de acesso à informação”. Esses artigos foram mantidos no Código de 2009, com outra numeração (arts. 14 ao 22).

O Código também tutelou a pessoa humana do trabalhador ao incluir o dever geral de colaboração do empregador, ao mencionar, no n. 2 do art. 126, a promoção humana, profissional e social do trabalhador.

O Direito brasileiro permanece sem legislação laboral específica, aplicando o Direito Civil (direito ao nome - artigo 17, honra, boa fama e respeitabilidade - artigo 20, bem como à vida privada - artigo 21) e Constitucional (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988²⁷⁶).

Como se observa, tanto no Direito brasileiro como no português, os direitos de personalidade são também considerados como direitos fundamentais, e, por tal razão, não há direitos, liberdades, garantias ou direitos fundamentais ilimitados ou absolutos, tendo em vista que o direito de um termina quando começa o do outro²⁷⁷.

Nestas circunstâncias, onde não é possível realizar todos os direitos de todos os titulares, muitas vezes ocorre colisão entre direitos igualmente reconhecidos, havendo limitações dos direitos no âmbito do contrato de trabalho²⁷⁸, entre empregado e empregador e também entre colegas²⁷⁹.

²⁷⁶ “Art. 5, inciso X, [...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; bem como o art. 220, também da Constituição Federal da República, que assegura a manifestação de pensamento, de criação, e a informação, em conformidade com o art. 5º, incisos IV e V e o rol das garantias fundamentais, entre outros tantos exemplos como base legal.

²⁷⁷ Ver Capítulo VII e VIII - ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983. p.213 e seguintes.

²⁷⁸ Palma Ramalho divide os limites decorrentes do contrato em imanentes, extrínsecos e voluntários, onde imanentes correspondem ao respeito do princípio geral de que as partes devem fazer aquilo que foram solicitadas, sob pena de abuso de direito; extrínsecos consiste na própria colisão entre direitos das partes, devendo haver a cedência recíproca e equilibrada e como voluntária entende-se pela própria vontade do trabalhador ou decorrente negociação coletiva. *Ops. cit. Tratado II (...)*. pg. 454-458.

²⁷⁹ Válida a transcrição de Júlio Gomes nesse sentido: “como por vezes se diz, a cidadania não fica à porta da empresa, ainda que também se possa acrescentar que a empresa não é nem o parlamento, nem a praça pública, e que os direitos fundamentais do trabalhador encontrarão naturais limitações decorrentes do interesse da empresa e da coexistência e eventual confronto com os direitos fundamentais dos colegas e do próprio empregador, entre os quais se contam os direitos constitucionalmente garantidos de propriedade privada e de liberdade de iniciativa econômica.” *Ops. cit.* pg. 265-266.

Plagiando NORBERTO BOBBIO²⁸⁰, “na maioria das situações em que está em causa um direito do homem (...) ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. (...) Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que termina e o outro começa, a delimitação do âmbito do direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todos.”

Para ROBERT ALEXY, “a afetação de um direito só é justificável pelo grau de importância de satisfação de outro direito oposto.”²⁸¹ Deve-se, assim, aplicar as regras de conflito de direitos, no caso do Direito português, através do art. 18 da CRP e art. 335 do CC e, no Direito brasileiro, por meio dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade²⁸², a fim de balancear, nas peculiaridades de cada caso, os direitos e interesses em conflito.

Como se verá a seguir, o ambiente da rede social é um cadeirão de colisão de direitos. Passaremos ao estudo das questões trazidas quando o ato ensejador da justa causa é praticado na rede social.

a) Prova lícita

²⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 7a Tiragem, tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p.24

²⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Pg. 161.

²⁸² Para Luís Roberto Barros, Suzana de Toledo Barros e Odete Medauar, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são sinônimos, tratando os dois de forma indistinta. Ainda para Celso Antônio Bandeira de Melo, a proporcionalidade é uma faceta da razoabilidade. Já para outros autores, como Humberto Ávila, eles são distintos. No nosso sentir, eles são distintos, uma vez que a proporcionalidade pretende chegar ao resultado de uma forma a não violar demasiado outro direito, enquanto que a razoabilidade procura justificar a não aplicação de uma norma em casos excepcionais.

O trabalhador, como pessoa humana e cidadão, não fica à margem do uso das redes sociais. Atos praticados dentro e fora do trabalho, se *postados* nas redes sociais, chegam ao conhecimento do empregador com muita mais facilidade.

E a questão que se coloca é: a obtenção desta prova, alcançada através de publicação na rede social, é considerada lícita ou não, em razão de possível violação do direito à privacidade do empregado, uma vez que é o próprio empregado que muitas vezes expõe a sua vida nas redes sociais.

Primeiramente se analisará o direito de reserva a vida privada e o sigilo de correspondência.

A conceituação de privacidade é tão difícil que alguns²⁸³ chegam a defender que se trata de um conceito vazio ou obscuro que, por tudo abranger, acaba não tendo conteúdo. Mota Pinto evolui na definição do conceito, apesar da dificuldade, e ensina que o interesse na privacidade é o de se evitar, controlar ou revelar informações pessoais, as quais o indivíduo considere íntima e queira restringir a circulação, acrescida do interesse na subtração à atenção dos outros e o interesse em excluir o acesso físico dos outros a si próprio²⁸⁴.

Nesse sentido, JJ CANOTILHO e VITAL MOREIRA analisam o direito à reserva da vida privada e familiar em dois direitos menores: “(a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue essas informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”²⁸⁵. Abrangem a ideia de vida privada a questões atinentes à vida familiar, doméstica, afetiva, sexual, estado de saúde e posições políticas e religiosas não se tratando de um elenco exaustivo, devendo ter o respaldo da vida privada também os hábitos da vida, gostos individuais e informações relativas à situação financeira²⁸⁶.

²⁸³ Paulo Mota Pinto cita diversos autores nesse sentido da literatura estrangeira. Ver PINTO, Paulo Mota. *O Direito à reserva (...)*, *ops. cit.* pg. 504, nota 73.

²⁸⁴ *Idem.* pg. pg. 505 e ss.

²⁸⁵ CANOTILHO, JJ e MOREIRA, Vital. *A constituição (...)* *ops. cit.* pg. 467.

²⁸⁶ MARTINEZ, Pedro Romano e outros. *Código do Trabalho Anotado*, *ops. cit.* 9 ed, 2013. pg. 152.

A preocupação com a intimidade da vida privada desde o início esteve ligada ao surgimento das novas tecnologias. No primeiro artigo que se alertou sobre o tema²⁸⁷, escrito por Samuel Warren e Luis Brandeis com o nome “Right to privacy”, publicado em 15 de dezembro de 1890, na *Harvard Law Review*, seu objetivo era estabelecer limites da imprensa na vida privada, mormente jornalistas que frequentavam festas sociais e expunham a intimidade das pessoas através de fotografias e comentários extremamente íntimos. Observa-se que, à época, a fotografia na imprensa significava uma nova tecnologia.

Para os autores do referido artigo, era necessário estabelecer a extensão sobre até onde as pessoas gostariam de ver divulgadas e conhecidas sua vida privada, reconhecendo-se a proteção ao direito de personalidade, ou até mesmo o “direito a ser deixado só”²⁸⁸.

O Direito brasileiro prevê a reserva à vida privada no âmbito constitucional, no artigo 5, inciso X, bem como a reserva da correspondência²⁸⁹, no inciso XII, do mesmo artigo 5.

No Código Civil, a reserva da vida privada é ressaltada no artigo 21²⁹⁰ e, sobre a correspondência virtual, serão consideradas nulas as cláusulas contratuais que impliquem

²⁸⁷ Como ressalva Davi de Oliveira Festas, apesar do direito à intimidade privada já tivesse sido resguardado na França, em lei de 11 de maio de 1868, foi a esses autores que grande parte da doutrina confere a emancipação ou descoberta do Direito, por ter sido o primeiro trabalho a chamar atenção à matéria. *O Direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código de Trabalho*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 64, n. 1-2 (ano-2004), pg. 374. O pensamento sobre a vida privada já era difundido por Aristóteles na Grécia Antiga, onde o mesmo separava a *oikos* (esfera privada ligada à casa) da *pólis* (comum a todos os cidadãos). No Estado Liberal, surgem as ideias individualistas no renascimento, difundida por John Locke, John Stuart Mill e Thomas Hobbes. Para mais desenvolvimento, MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Studia Iuridica 78, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pg. 62 e ss.

²⁸⁸ Paulo Mota Pinto faz essa correspondência, mas ressalva que a expressão “right to be let alone” é de 1888, feita por Thomas Cooley. Ver artigo *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXIX, Universidade de Coimbra: Coimbra, 1993. Pg. 513 e ss.

²⁸⁹ Válido ressaltar que o sigilo telefônico não se confunde com os registros telefônicos, havendo proteção constitucional da comunicação “de dados” e não “os dados, conforme entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal, como exemplo HC 91.867/PA, de 24/04/2012 e MS2179, Pleno, 05/10/95.

²⁹⁰ Em recente Acórdão de 1º/2/2016 proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADI 4815, entendeu, a respeito da liberdade de expressão e a esfera privada, que não é possível requerimento de autorização prévia do biografado em livros de biografia, representando a autorização prévia uma censura prévia ao autor da biografia, devendo o artigo 21 e 20 do CC serem interpretados a respeito dos incisos IV (liberdade de

ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, com necessidade de ordem judicial a fim de se ter acesso às informações das mensagens trocadas, nos termos do inciso I, parágrafo único do art. 8 e parágrafo 1 do art. 10 da Lei n. 12.965/2014²⁹¹ (popularmente conhecida como Marco Civil da Internet). A referida legislação ainda prevê a proteção dos dados pessoais na *Internet*, na seção II, nos artigos 10 a 12.

No âmbito da lei penal, a Lei 12.737/2012 (vulgarmente chamada de Lei Carolina Diekmann²⁹²), classifica-se como crime a invasão, a obtenção e a transmissão de comunicações eletrônicas privadas, sejam estas arquivos, conversas ou informações²⁹³.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa resguarda o direito da reserva da vida privada no artigo 26, a inviolabilidade da correspondência no art. 34 e a proteção de dados pessoais informatizados no art. 35. O Código Civil o faz no artigo 80,

pensamento), IX (livre expressão da atividade intelectual) e X (reserva da intimidade da vida privada) do artigo 5 da Constituição.

²⁹¹ Art. 8. A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à *Internet*.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no *caput*, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou (...) Art. 10 . A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de *Internet* de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm, acesso em 13-03-2017.

²⁹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm, acesso em 13-03-2017. Com relação ao nome popularmente dado a essa lei, explica-se. A atriz brasileira Carolina Diekmann teve seu computador invadido por *hackers* e teve seus dados pessoais subtraídos, inclusive com a publicação de fotos íntimas que rapidamente se espalharam pela *Internet* através das redes sociais, tempos antes da lei ser aprovada no Congresso Nacional, razão pela qual teve seu nome associado à mesma.

²⁹³ Para se apurar conversas utilizadas pelo *WhatsApp*, no âmbito penal, é necessário o requerimento de quebra de sigilo, disposto na lei 9.296/96. Como exemplo, citamos a decisão proferida no processo n. 41523-92.2017.8.09.0123, da Comarca de Piracanjuba, Tribunal de Justiça de Goiás, disponível em www.tjgo.jus.br.

deixando a aplicação do caso concreto dependente da “natureza do caso” e da “condição das pessoas”. O Código do Trabalho prevê no artigo 16 a reserva da intimidade da vida privada, o art. 17 a proteção de dados pessoais e o artigo 22 a confidencialidade de mensagens e de acesso à informação.

Em atenção à Diretiva 95/46/CE, do Parlamento e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa ao tratamento à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, a Lei n. 67/98 transpôs referida diretiva no âmbito português. Em 2004, por meio da Lei n. 41, Portugal transpôs a Diretiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas 34, aplicando-se o tratamento de dado pessoais no contexto das redes e serviços de comunicação eletrônicas acessíveis ao público, especificando e complementando as disposições da Lei n.º 67/98.

Em 2016, a Diretiva 95/46/CE foi revogada pelo Regulamento (UE) 2016/679, de 26 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Cumpre esclarecer que a resolução não abrangerá os dados pessoais efetuados por pessoas singulares relativos às atividades domésticas e pessoais, sem ligação com as atividades profissionais e comerciais, no âmbito das redes sociais, consoante considerando n. 18²⁹⁴.

O artigo 4, n. 1, define o conceito de dados pessoais como “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais

²⁹⁴ “(18) O presente regulamento não se aplica ao tratamento de dados pessoais efetuados por pessoas singulares no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas e, portanto, sem qualquer ligação com uma atividade profissional ou comercial. As atividades pessoais ou domésticas poderão incluir a troca de correspondência e a conservação de listas de endereços ou a atividade das redes sociais e do ambiente eletrónico no âmbito dessas atividades. Todavia, o presente regulamento é aplicável aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes que forneçam os meios para o tratamento dos dados pessoais dessas atividades pessoais ou domésticas.” Retirado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>, acessado em 19-03-2017.

elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular;”²⁹⁵

Esta Resolução disciplina no artigo 88 o tratamento dos dados no contexto laboral²⁹⁶, determinando um prazo limite até 25 de maio de 2018 aos Estado-Membros para adotarem as modificações necessárias nas suas legislações.

No mesmo ano, foi editada a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

A Comissão Nacional de Proteção de Dados de Portugal, por meio da Deliberação n. 1638/2013²⁹⁷, tratou da proteção de dados pessoais decorrentes do controle da utilização para fins provados das tecnologias de comunicações no contexto laboral. Nessa deliberação, preocupa-se com a justa posição entre o direito à privacidade dos trabalhadores e a liberdade de gestão e organização do empregador.

²⁹⁵ Retirado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>, acessado em 19-03-2017.

²⁹⁶ “1. Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho. 2. As normas referidas incluem medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e os sistemas de controlo no local de trabalho. 3. Os Estados-Membros notificam a Comissão das disposições de direito interno que adotarem nos termos do n.º 1, até 25 de maio de 2018 e, sem demora, de qualquer alteração subsequente das mesmas.” Retirado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>, acessado em 19-03-2017.

²⁹⁷ Inteiro teor: https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf, acessado em 14-03-2017.

Pela legislação penal portuguesa, o art. 189 do Código de Processo Penal somente autoriza a obtenção de comunicação eletrônica ou de qualquer outra natureza por ordem expressa do juiz. Há tipificação de crime no art. 194 à violação da correspondência ou telecomunicações.

No âmbito do Direito Internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem traz no art. 12 o impedimento de intromissão arbitrária na vida privada das pessoas, bem como na correspondência e, no mesmo sentido, é o art. 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

No Direito Europeu, a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais estabelece no art. 8 o respeito pela vida privada, do seu domicílio e correspondência. Da mesma forma é resguardada a vida privada e a correspondência no art. 7 e no art. 8 prevista a proteção de dados pessoais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A proteção de dados é ainda resguardada pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE - mais conhecido como Tratado de Lisboa), de dezembro de 2009, no art. 16.

Feita esse breve estudo do direito da reserva da vida privada e do sigilo da correspondência, retorna-se a questão se haverá violação da vida privada, quando o empregador tiver acesso a fatos postados pelo próprio empregado nas redes sociais, e se esta prova seria considerada lícita.

Na sociedade hodierna, conhecida como sociedade informática e como a Era da *Big Data*²⁹⁸, o computador transformou a vida dos seres humanos, colocando cada dia mais em voga a questão da privacidade, “cabendo ao Direito encontrar equilíbrio entre o desenvolvimento tecnológico e os direitos e liberdades das pessoas”²⁹⁹.

²⁹⁸ MOREIRA, Teresa Coelho. *To be or not to be digital: o controlo das redes sociais “online” dos candidatos no processo de recrutamento*. In: Para Jorge Leite – Escrito Jurídicos Laborais. Volume I. Coordenação: João reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. pg. 625.

²⁹⁹ MOREIRA, Tereza Coelho. *A privacidade dos trabalhadores e a utilização das redes sociais online: algumas questões*. Questões Laborais n. 41, ano XX, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pg. 46.

E diante desse contexto, hoje, utiliza-se a expressão “trabalhador de vidro” ou “trabalhador transparente”³⁰⁰, em razão da automatização dos dados sobre o trabalhador, merecendo maior proteção em respeito à esfera privada da sua pessoa³⁰¹, seja na fase pré-contratual³⁰², na execução do contrato ou na fase pós-contratual, que somente poderá ser restringida com a anuência do trabalhador e nos limites da lei³⁰³, devendo ser a regra e não a exceção.

As redes sociais, por fim, são consideradas como ambientes públicos ou privados?

Para responder a essa questão, recorre-se à teoria clássica das três esferas (*Spharentheorie*)³⁰⁴, originalmente difundida pela doutrina alemã³⁰⁵, a qual divide a esfera pública, da esfera privada, que se distingue da esfera íntima. Por esfera pública entende-se tudo aquilo que não for privado, abrangendo fatos e situações que são de conhecimento público, podendo ser divulgados, não havendo qualquer tipo de reserva. No que tange à esfera privada, o indivíduo tem interesse em guardar para si aspectos da sua vida profissional, do seu domicílio e aos hábitos de sua vida³⁰⁶, e, se for o caso, partilhar algumas informações com seu núcleo mais íntimo, amigos e familiares, em um

³⁰⁰ Expressão utilizada por Mariapaola Aimo. “I<lavoratori di vetron: regole di trattamentomecanismi di tutela dei dati personali”. In R.G.L.P.S, n. 1, 2002, citada por MOREIRA, Tereza Coelho. *A privacidade (...)idem* pg. 46.

³⁰¹ *Idem*. pg. 46-47.

³⁰² Sobre o uso das redes sociais *online* como mecanismos de recrutamento dos trabalhadores, veja MOREIRA, Teresa Coelho. *To be or not to be digital: (...) ops. cit.* pgs. 625-645.

³⁰³ CORDEIRO, António Menezes. *O respeito (...) ops. cit.* pg. 36.

³⁰⁴ Em tom de crítica a essa teoria, onde defende somente a divisão entre esfera pública e privada, é Tereza Coelho Moreira, *Da esfera privada (...) ops. cit.* pgs. 105-106, Paulo Mota Pinto e Gomes Canotilho e Vital Moreira.

³⁰⁵ Como nos ensina Paula Quintas, Heinrich Hubmann foi o primeiro autor alemão que primeiramente teorizou a separação entre a esfera privada (*privatsphäre*) da individual (*individualsphäre*), onde a primeira correspondia a proteção do indivíduo contra terceiros, como exemplo o direito ao nome e reputação, enquanto que a segunda correspondia aos aspectos da personalidade sem ligação com os demais. Ver QUINTAS, Paula de Couto. *Os direitos de personalidades consagrados no Código de Trabalho*. Almedina: Coimbra, 2013. pg. 216 e ss.

³⁰⁶ DREY, Guilherme. *Justa causa e esfera (...) ops. cit.* pg. 49. Este autor ainda faz uma citação sobre o conceito aberto de vida privada, de autoria de Rodrigues Bastos, p. 12 que vale a transcrição: “todos aqueles actos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por naturais razões de resguardo e melindre, como os sentimentos e afectos familiares, os costumes da vida e as vulgares práticas cotidianas, a vergonha da pobreza e as renúncias que ela impõe e, até, por vezes o amor da simplicidade, a perecer desconforme com a grandeza dos cargos e a elevação das posições sociais: em suma, tudo: sentimentos, acções ou abstenções que podem ser altamente meritórios do ponto de vista da pessoa a que se referem, mas que, vistos do exterior, tendem a poupar a ideia de que delas faz o público em geral.”

plano menos acessível³⁰⁷. Na esfera íntima (ou secreta), devem permanecer fatos inacessíveis a terceiros, sendo absolutamente protegida.

Apesar de o *Facebook* trazer a palavra amigos, sabemos que via de regra estes não representam os amigos de verdade, fato esse que, por si só, já justificaria a proteção conferida à vida privada, visto que, estatisticamente, “55% dos nossos amigos são colegas, 16% superiores hierárquicos, 13% clientes e 11% prestadores”³⁰⁸, sendo extremamente difícil separar a vida pessoal da vida profissional, podendo-se falar na nudez total do trabalhador³⁰⁹, se este quiser compartilhar as informações nas redes sociais.

No nosso sentir, para analisar se o fato posto na rede social se enquadraria na esfera pública ou privada, seria indispensável o estudo do nível de privacidade do perfil do usuário ou grupo em que se trocou a mensagem, apurando-se se o empregado aceita todos que conhece como amigos ou somente aqueles que assim considera, se há funcionários da empresa nesse rol de amigos, ou seja, as peculiaridades de cada caso.

Como exemplo, utilizaremos uma das redes sociais mais com maior número de usuários: o *Facebook*. Em consulta ao próprio *site*, observa-se ser possível o controle de privacidade no campo noções básicas de privacidade³¹⁰. Nesse item, é possível controlar quem verá suas publicações, perfil (como seus amigos ou pessoas desconhecidas o veem), curtidas e comentários (quem vê o que o usuário curtiu ou comentou bem como quem

³⁰⁷ Conforme estudo realizado Joana Veríssimo, Maria Macias e Sofia Rodrigues, no Mestrado em Direito 2011/2012 – FDUNL. *Implicações Jurídicas das Redes Sociais Na Internet: Um Novo Conceito De Privacidade?*, disponível em www.fd.unl.pt.

³⁰⁸ MOREIRA, Tereza Coelho. *A privacidade (...) ops. cit.* pg. 50, citando JEAN-EMMANUEL RAY, “*facebook, salarié...*”, pg. 132. Como salientado pela mesma autora, FRIGYES KARINTHY ao falar das redes sociais, criou a teoria da separação das pessoas em 6 graus, alegando que qualquer pessoa do planeta estará distante de outra por 6 conexões ou ligações. Em 2004, esse conceito foi reafirmado por DUNCAN WATTS, que desenvolveu a ideia que o número de ligações cresce exponencialmente com o número de ligações em cadeia e por pequenas ligações o conjunto de conhecidos englobaria toda a população humana. Pg. 53. No Brasil, cresce nos Tribunais os problemas com relação à contradita de testemunha por serem amigas no *Facebook*. Pelo Código de Processo Civil brasileiro, o artigo 447 disciplina quem poderá ou não servir como testemunha em processo, e o amigo íntimo não poderá ser. Os tribunais têm entendido que o simples fato de serem amigas no *Facebook* não pode ser considerado a fim de comprovar a amizade íntima, mas às vezes, através da rede social, pode-se verificar as postagens em conjunto e obter outros meios de prova a corroborar com a alegação de amizade íntima. Nesse sentido, verificar processo n. 1001166-56.2015.5.02.0612, TRT 2 Região, Des. Relatora Alcina Maria Fonseca Beres, disponível em: http://search.trtsp.jus.br/easysearch/?template=TRTSP_PJE#q=contradita%20testemunha%20facebook

³⁰⁹ *Idem*, pg. 50.

³¹⁰ <https://www.facebook.com/about/basics/manage-your-privacy>. Acessado em 19-03-2017.

poderá curtir ou comentar o que o usuário *postou*), marcações (o usuário pode escolher se não quiser ser marcado em fotos, podendo optar por ter prévia autorização, ou seja, a marcação aparece para o usuário e, após a sua permissão, ela poderá ser marcada ou não), fotos e vídeos em que o usuário aparece, *feed* de notícias, o que as pessoas publicam na sua linha do tempo, além de ensinar como desfazer publicações.

Em relação aos grupos, estes podem ser públicos, fechados ou secretos³¹¹. Nos grupos públicos, qualquer um pode pedir para participar, ser adicionado ou convidado por um membro para participar, estando disponível para visualização pública o nome do grupo, quais os participantes, a descrição do grupo, as marcações, publicações dos membros, *feed* de notícia e aberto para procura no campo de pesquisa.

Os fechados se diferenciam por dois aspectos: somente os participantes podem ver as publicações do grupo e suas histórias. Os grupos secretos são mais restritos, somente sendo admitido o ingresso se convidado por algum membro. O nome desses grupos fica disponível para membros atuais e ex-membros, sua descrição, marcações, bem como a procura no item pesquisa, ao passo que somente estarão disponíveis para os membros atuais a lista de participantes e suas publicações, com as respectivas histórias.

Diante de tantos mecanismos disponíveis, pode-se afirmar que hoje em dia a *persona*³¹² tem diversos mecanismos aptos a controlar a sua privacidade, com a possibilidade de escolher se quer ter um perfil mais ou menos aberto ao público.

Por tais motivos, cada vez mais preocupa-se com a preservação dos dados pessoais³¹³ e com a privacidade das pessoas, o que forçou as plataformas que operam as

³¹¹ <https://www.facebook.com/help/220336891328465#What-are-the-privacy-options-for-groups>. Acessado em 19-03-2017.

³¹² Sobre o assunto, ler: Baden, Randy, et al. *Persona: an online social network with user-defined privacy*. ACM SIGCOMM Computer Communication Review. Vol. 39. No. 4. ACM, 2009. Disponível em: <http://courses.cs.vt.edu/~cs6204/Privacy-Security/Papers/Crypto/Persona-Social-Network-User-Defined-Privacy.pdf>. Acesso em 19-03-2017.

³¹³ Consoante discurso feito pela Vice-Presidente do Comitê Europeu de Proteção de Dados, ao anunciar a reforma feita em 2012, em pesquisa feita anteriormente à reforma de proteção de dados de 2012, 72% dos europeus se preocupavam se seus dados pessoais seriam utilizados pelas companhias. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF>. Acesso em 20-03-2017.

redes sociais aprimorarem mais a política de proteção de dados e privacidade, a fim de se manterem os acessos, dado que algumas pessoas, com fundado receio, passaram a excluir suas contas nesses meios de comunicação.

E tal fato de saber se é pública ou privada é essencial para assegurar a validade da prova, pois se violadora da esfera privada (estando incluído o sigilo da correspondência), deve ser considerada ilícita³¹⁴.

Em ambos os ordenamentos, o ônus da prova com relação à conduta ilícita do trabalhador é do empregador, nos termos do art. 342 do Código Civil Português e art. 818 da CLT e art. 373, inciso II, do CPC Brasileiro³¹⁵. Mas, repita-se, antes de se analisar a prova, deve-se saber se esta foi obtida por meio lícito ou ilícito.

Ao que se analisou da jurisprudência brasileira, parece-nos que esta toma como premissa que o *Facebook* ou alguma outra rede social, seja considerado um espaço público, dado que não se verificou a discussão desse ponto nas decisões. O que se discute nas decisões brasileiras é se o empregador pode ou não ter acesso às informações contidas no computador do empregado, podendo verificar mensagens de e-mails, de *MSN*, *Facebook*, etc, sem que a empresa tenha política a respeito do assunto e, se tal fato violaria ou não a reserva da correspondência e da vida privada.

Sobre o *e-mail* corporativo, o Tribunal Superior do Trabalho, de forma unânime, entende que, por serem ferramentas disponibilizadas pela empresa, não é exigida privacidade como o *e-mail* pessoal, sendo bem da empresa e não do funcionário, inserindo-se no direito potestativo do empregador³¹⁶, posição que se contrapõe ao

³¹⁴ Sobre o assunto, ver artigo de RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Factos da vida privada (...) ops. cit.* pgs. 581-596.

³¹⁵ Cumpre ressaltar que no Direito brasileiro a gravação de conversa ambiental entre os interlocutores não é considerada prova ilícita, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal no processo que teve repercussão geral reconhecida RE 583937 QO-RG/RJ, Rel. Cezar Peluso, julgamento de 19.11.2009

³¹⁶ Entre muitos, citamos o processo n. 1542-2005.055.02.40-4, Desembargador Ives Gandra da Silva Martins, publicado em 06-06-2008, disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=9983346D159595A3AE441708B61D159D.tst33?conscsjt=&numeroTst=1542&anoTst=2005&varaTst=055&trtTst=02&seqTst=40&consulta=Consultar>, acesso em 13-03-2017, cujo trecho da ementa se transcreve: “(...) 5. O art. 5º, X e XII, da CF garante ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, bem como o sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas.

entendimento existente na legislação portuguesa, nos termos do art. 22, salvo se houver regras de utilização em sentido contrário. A jurisprudência majoritária corrobora o entendimento da legislação³¹⁷, mas há decisões em sentido contrário³¹⁸.

Já com relação ao acesso ao *Facebook* e *Msn*, pelo computador do emprego, bem como o *e-mail* pessoal, o Tribunal Superior do Trabalho entende como violação da privacidade, não sendo admitida como prova³¹⁹.

6. A concessão, por parte do empregador, de caixa de “e-mail” a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho. 7. Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa do “e-mail” corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se, pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada e respeitando os fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à “Internet”, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei. 8. Assim, se o empregado, eventualmente, se utiliza da caixa de “e-mail” corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa. 9. Nessa esteira, entendo que não se configura o cerceamento de defesa a utilização de prova consubstanciada no acesso à caixa de “e-mail” fornecido pelo empregador aos seus empregados.”

³¹⁷ Pela jurisprudência, o STJ em 05/07/2007 (disponível em www.dgsi.pt) entendeu que, mesmo sendo um *e-mail* corporativo, se o empregador não tem normas sobre essa ferramenta, este deve ser revestido da confidencialidade das mensagens pessoais. No caso em tela, a funcionária demitida por justa causa, por supostamente ofender seu superior hierárquico pelo conteúdo da mensagem enviada, era secretária e nos períodos de férias deixava sua password com outros colegas para que pudessem ter acesso à correspondência. Em um dos períodos de férias, um dos diretores adentrou no *e-mail* para verificar a correspondência e localizou um em que a funcionária se comunicava com sua amiga íntima de longa data que também trabalhava na empresa, fazendo referência ao mesmo, em tons não profissionais. O Tribunal Superior entendeu que a prova era ilícita, pois violava o disposto no art. 21, n. 1, do CT de 2003.

³¹⁸ Como exemplo, citamos o Tribunal da Relação de Lisboa, de 30/06/2012, disponível em www.dgsi.pt. Neste julgamento, os magistrados entenderam que, apesar de existir a reserva da confidencialidade no *e-mail* corporativo, o dever de cooperação para a verdade real deveria se sobrepor ao da confidencialidade, segundo um critério da proporcionalidade, por: “a garantia constitucional constituiria a desproteção dos meios de prova mais valiosos, em benefício dos mais frágeis, a verdade material ficaria à mercê das vicissitudes da prova testemunhal e o processo civil seria o parente pobre do dispositivo em via reduzida.” O caso analisado refere-se a uma justa causa aplicada a um funcionário que, destinado a ir para África abrir nova sede da empresa naquele continente, com o dever de angariar novos clientes, resolve fundar uma empresa concorrente, tendo se aproveitado das informações que obtinha, para aliciar os clientes da empresa e obtê-los como cliente da sua nova estrutura empresarial. A prática desse funcionário foi descoberta através dos *e-mails* corporativos, que foram armazenados pelos *backups* realizados e não por utilização do password do funcionário.

³¹⁹ Nesse sentido, ementa do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. PROGRAMA DE MENSAGEM INSTANTÂNEA (MSN). ACESSO AO CONTEÚDO DAS MENSAGENS ENVIADAS E RECEBIDAS PELOS EMPREGADOS. OFENSA AO DIREITO À INTIMIDADE. VIOLAÇÃO DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA. ABUSO DO PODER DIRETIVO. 1. Hipótese em que o Colegiado de origem concluiu que o acesso, por parte do empregador, ao conteúdo

No mesmo entendimento, foram as decisões proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho de Campinas³²⁰ e o Tribunal da Relação de Lisboa³²¹, onde analisaram casos

das mensagens enviadas e recebidas pelos reclamantes via MSN, não enseja o pagamento de indenização por danos morais, registrando que o direito ao sigilo da correspondência assegurado constitucionalmente não pode servir de arrimo para que o trabalhador troque diariamente por tempo considerável correspondência via MSN com colega de serviço, pois a máquina colocada à sua disposição tem como objetivo a atividade profissional-. 2. Violação do art. 5º, X e XII, da Carta Magna, a ensejar o provimento do agravo de instrumento, nos moldes do art. 896, -c-, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. PROGRAMA DE MENSAGEM INSTANTÂNEA (MSN). ACESSO AO CONTEÚDO DAS MENSAGENS ENVIADAS E RECEBIDAS PELOS EMPREGADOS. OFENSA AO DIREITO À INTIMIDADE. VIOLAÇÃO DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA. ABUSO DO PODER DIRETIVO. 1. O empregador, no âmbito do seu poder diretivo (art. 2º da CLT), pode adotar medidas a fim de assegurar o cumprimento pelos empregados do seu compromisso de trabalho e de proteger a sua propriedade. Deve fazê-lo, contudo, sempre respeitando os direitos fundamentais do trabalhador, dentre os quais está incluído o direito à intimidade. 2. No caso dos autos, é incontroverso que o empregador, na tentativa de recuperar determinado documento, acessou um dos computadores utilizados no ambiente de trabalho e, na oportunidade, fez a leitura das mensagens trocadas entre os reclamantes via MSN, sem a autorização dos mesmos. 3. Tais fatos evidenciam que o poder diretivo foi exercido de forma abusiva, mediante a utilização de práticas que importaram em ofensa ao direito à intimidade e ao sigilo da correspondência, assegurados nos arts. 5º, X e XII, da Carta Magna. 4. Com efeito, a comunicação via MSN - ainda que estabelecida durante o horário de trabalho, por meio de computador fornecido pela empresa -, por ostentar natureza estritamente pessoal, é inviolável, não sendo possível o exercício, pelo empregador, de qualquer tipo de controle material, ou seja, relativo ao seu conteúdo. 5. Nesse contexto, em que os atos praticados pelo empregador não se encontravam dentro de seu poder diretivo, traduzindo-se em violação dos direitos de personalidade dos reclamantes, resta configurado o dano moral passível de indenização. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo RR - 4497-69.2010.5.15.0000, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 26/02/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/03/2014. Grifos acrescidos). Disponível em www.tst.jus.br – acesso em 07-04/2017. Também nesse sentido, decidiu o Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, processo n. ³²⁰ Processo n. 0001614-90.2012.5.15.0094, 4 Câmara, 2 Turma, disponível em www.trt15.jus.br.

³²¹ Nesse sentido, válida a transcrição de parte da ementa do Julgado do Tribunal da relação de Lisboa quanto ao tema, datado de 7/3/2012, disponível em www.dgsi.pt: “(...) Face à inexistência de qualquer regulamentação prévia para a utilização pessoal e profissional da *Internet* por parte dos trabalhadores da Ré verifica-se o acesso e conhecimento indevidos e ilícitos por parte da empresa ao conteúdo de conversas de teor estritamente pessoal da Apelada com três amigas e o marido/namorado, numa situação que se pode equiparar, de alguma maneira, à audição de vários telefonemas particulares (no fundo, uma espécie de «escutas» ilegais) ou à leitura de cartas dessa mesma índole, sem que, quer o remetente, como o destinatário, tenham dado o seu consentimento prévio a tal “visionamento” escrito das ditas conversas (artigos 15.º e 21.º e 16.º e 22.º dos Códigos do Trabalho de 2003 e 2009). IV – O facto das referidas conversas/mensagens electrónicas se acharem guardadas no servidor central da Ré, a ela pertencente, não lhes retira, por um lado, a sua natureza pessoal e confidencial. V – As pessoas, normalmente, quando estão em círculos privados e fechados, em que sabem que só são escutadas pelo destinatário ou destinatários presentes e relativamente aos quais existe um mínimo de confiança no relacionamento que se estabelece - como parece ser o caso dos autos -, falam à vontade, dizem disparates, queixam-se, exageram, troçam de terceiros, dizem mal deles, qualificando-os, muitas vezes, de forma pouco civilizada, “confessam-se”, afirmam coisas da boca para fora, no calor da conversa ou discussão, e tudo isso porque contam com a discrição dos seus interlocutores para a confidencialidade de algumas das coisas referidas e a compreensão e o inevitável “desconto” para as demais. VI – Uma das inúmeras vertentes em que se desdobra o direito fundamental e constitucional da liberdade de expressão e opinião é aquela que normalmente se define como conversa privada entre familiares e/ou amigos, num ambiente restrito e reservado, tendo a Autora, bem como as suas amigas e companheiro, se limitado a exercê-lo, por estarem convictos de que mais ninguém tinha acesso e conhecimento, em tempo real ou diferido, do teor das mesmas. VII – Tendo tais conversas essa natureza e não havendo indícios de que delas derivaram prejuízos de índole interna ou externa para a Ré, tendo sido

em que o empregador não tinha política de uso a respeito da utilização de aplicativos como *MSN* do computador da empresa, considerando-se como ilícitas as conversas obtivas desse aplicativo, revertendo-se a justa causa aplicadas, em ambos os casos.

Quando há na empresa política de uso dos aplicativos ou orientação de que no tempo de trabalho referidos instrumentos não possam ser utilizados para fins pessoais, a esfera privada do trabalhador não será considerada violada, pois ciente da norma interna. Foi este o entendimento majoritário (seis votos contra um) do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem³²², ao decidir um caso em que o empregado teve conversa (Yahoo Messenger) de cunho pessoal com sua noiva e irmão, no horário de trabalho, contrariando norma interna da empresa, a qual proibia expressamente que atividades pessoais fossem desempenhadas durante o expediente, tendo sido considerada válida a prova obtida através da conversa pessoal.

Situação diversa é quando o empregador, através de terceiros ou por fazer parte da rede social do emprego, toma conhecimento de algum fato.

E sobre essa questão é que duas decisões portuguesas se debruçaram, do Tribunal da Relação do Porto e de Lisboa³²³, de 08/09/2014 e 24/09/2014, respectivamente³²⁴.

Foram analisados diversos fatores relativos às redes sociais: qual o tipo de serviço (se exposto em perfil pessoal, página ou grupo), os membros e características que se revestem a rede social (se profissional, pessoal ou ambas), o conteúdo da publicação, a

desenvolvidas por uma trabalhadora com 8 anos de antiguidade e com um passado disciplinar imaculado, tal conduta, ainda que prolongada no tempo, não se reveste de uma gravidade e consequências tais que, só por si e em si, de um ponto de vista objectivo, desapaixonado, jurídico, implique uma quebra irremediável e sem retorno da relação de confiança que o vínculo laboral pressupõe entre empregado e empregador, impondo, nessa Medida, A Este Último, O Despedimento Com Justa Causa, Por Ser A Única Medida Reactiva De Cariz Disciplinar Que Se Revela Proporcional, Adequada E Eficaz À Infracção Concreta E Em Concreto Praticada Pelo Trabalhador Arguido.

³²² Case Of Bărbulescu V. Romania, Application no. 61496/08, Julgamento em 12 de janeiro de 2016. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-159906"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), acessado em 13.11.2017.

³²³ As duas disponíveis em www.dgsi.pt.

³²⁴ Verifica-se que na Espanha, essa questão também é levantada. Ver GARCÍA, Ínes Rios y VÁZQUEZ, Ángela Álvares. *Las redes sociales em las relaciones laborales*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid, n.39 (2015), p.83-87.

parametrização da conta (quem consegue visualizar e as restrições) e o número de “amigos” ou membros do grupo.

O objetivo dessa análise era saber se existia, efetivamente, uma expectativa de privacidade; se o trabalhador, ao postar texto ou mensagem, sabia que aquilo seria preservado e não divulgado, a fim de justificar a tutela da confidencialidade.

E o que se verificou em ambos os casos foi que os trabalhadores, ao exprimiram suas opiniões, não pretendiam que essas ficassem preservadas, pois no caso da relação de Lisboa o trabalhador, ao postar texto de cunho próprio sobre a promessa da empresa em regularizar os salários em atraso, o fez no seu perfil pessoal e ao final colocou a frase – “partilhem amigos”, com clara intenção de divulgação da mensagem, e, no mesmo sentido, a conduta do trabalhador analisado pelo Tribunal da Relação do Porto, ao mandar mensagem sobre a organização e vida interna do empregador no grupo fechado de trabalhadores da empresa (cerca de 140 trabalhadores e ex-trabalhadores), também não previa a confidencialidade, pois havia no grupo diversos funcionários que não eram seus “amigos”.

Além disso, os julgadores ponderaram a questão da perda do controle do que se coloca na *Internet*, principalmente no *Facebook*, podendo outras pessoas compartilharem e visualizarem as publicações feitas, inclusive o empregador (o que de fato ocorreu), diante da possibilidade dos “amigos” dos “amigos” terem ciência dos *posts*³²⁵, podendo-se manter por tempo indeterminado, mesmo após apagados.

Ultrapassada a questão da privacidade, ou seja, a licitude das provas colhidas, foi verificado abuso no direito de liberdade de expressão³²⁶, com violação do direito de

³²⁵ Na França, uma decisão da Corte de Apelação de 15 de novembro de 2011, entendeu que a empresa não conseguiu provar qual era o critério de privacidade existente de acesso da conta da trabalhadora (se as publicações teriam acesso aos amigos ou amigos dos amigos), e como a empregadora teve acesso àquelas publicações – citada em COELHO, Teresa Coelho. *A privacidade (...), ops. cit.* pg. 84. Esta autora entende que se o *post* é possível para visualização somente aos amigos do *Facebook*, este deve ser inserido dentro do contexto da vida privada, não podendo ser utilizado como meio de prova. Pg. 87.

³²⁶ Na decisão do Tribunal de Lisboa, os dizeres do trabalhador foram os seguintes: “O grande mentiroso, pinóquio e aldrabão do (...) mentiu para toda a população madeirense, disse a comunicação social que até terça-feira passada teria os salários tanto de março como os de abril regularizados, pois é mentira, só pagou os salários de março e só a alguns funcionários. é agora que os seus funcionários devem de ver em quem

imagem e bom nome do empregador, com a confirmação da justa causa de despedimento em ambos os processos.

No nosso sentir, correta a análise da jurisprudência portuguesa, em estudar o nível de privacidade do grupo ou do perfil do trabalhador, a fim de se apurar se houve violação na correspondência ou da sua vida privada.

Se falarmos de redes sociais, como os *blogs*, com acessos ilimitados, aí concordamos que seja pública, mas se passarmos a analisar, por exemplo, as mensagens trocadas no *WhatsApp*, a conclusão poderá ser diferente. Em Portugal não encontramos julgados com relação ao *WhatsApp*, mas identificamos julgados com relação ao *Messenger*, que também possibilita a troca de mensagens.

Assim, não é possível generalizar a questão, sendo necessário o estudo de cada caso em concreto, dentro de suas peculiaridades.

b) Potencialidade do dano e sua manutenção

Como já apontado acima, os empregadores vêm aderindo ao uso das redes sociais pelos novos meios de marketing existentes e os trabalhadores acompanham o jeito de se relacionar e expressar suas opiniões agora por meio das redes sociais.

Dentro deste cenário, em que a informação se torna digital, podendo ser transferida infinitamente (o famoso “viralizar”), dificultando seu controle e, mais ainda,

acreditar-se no sindicato de hotelaria, que tudo tem feito para solucionar esta situação, se nas palavras deste trapaceiro que desde dezembro passado tem passado a perna aos seus funcionários vezes sem conta e estes estão sempre prontos a dar o benefício da dúvida a este senhor aldrabão... acordem, abram os seus olhos, os membros desta administração não se preocupam se não com o seu próprio umbigo, e ainda tiveram a lata de culpar o sindicato e a comunicação social por prejudicar a empresa, pois a culpa é sim do vosso desgoverno e da vossa má gestão, não sabem gerir um hotel vão gerir uma tasca, cambada de incompetentes. Viva ao 1º de maio, viva ao dia do trabalhador, lutaremos até o fim pelos nossos direitos, por nós, por nossos filhos e pelas gerações vindouras, rua com estes corruptos... a luta continua sempre e enquanto houver injustiças... a luta continua... partilhem, amigos”. Na decisão do Tribunal da relação do Porto, o ex-funcionário fez diversos comentários, tendo sido punido anteriormente com pena de suspensão, e 4 meses após, voltou a postar no grupo dos trabalhadores da empresa mais ofensas ao empregador, tendo sido verificada que todas eram falsas, configurando a intenção de lesar direito do empregador, com abuso no direito de liberdade de expressão.

o desaparecimento ou o esquecimento³²⁷ dessa informação, especialmente por não se ter acesso ao local em que a informação será processada e armazenada (por tal razão a criação do termo “nuvem”), gerando vastos efeitos na privacidade, reputação e nas formas de expressão, coloca-se o direito de liberdade de expressão, de crítica e o direito de imagem do empregador.

Assim, estudaremos primeiro a liberdade expressão, direito de crítica e a imagem do empregador, para depois analisarmos essa questão dentro das redes sociais.

A liberdade de expressão do trabalhador foi inicialmente manifestada no âmbito da representação coletiva, sendo primeiramente desenvolvida a ação para depois se dar a devida atenção à palavra³²⁸.

Tanto Brasil como Portugal elegeram como figura primordial o Estado Democrático do Direito, com especial atenção à dignidade humana, tendo como direito de liberdade ponto essencial para seu desenvolvimento pleno³²⁹. Como nos ensina Menezes Cordeiro: “Qual é a principal riqueza das nações: É justamente a população, o povo, o conjunto de todas as pessoas. Mais precisamente, o engenho humano. E o engenho humano é a liberdade de pensamento e a liberdade de exprimir o que se pensa – ou teremos um mundo inútil de isolamento”³³⁰.

³²⁷ O termo em inglês frequentemente utilizado é o “right to be forgotten”. Hoje a *Internet* lembra de tudo mas não esquece de nada. Na Europa, há grande preocupação a respeito, apesar de se ter ciência que este direito não é absoluto. Válido a transcrição de trecho do discurso da Vice-Presidente do Comitê Europeu de Proteção de Dados, ao anunciar a reforma feita em 2012: “The right to be forgotten is of course not an absolute right. There are cases where there is a legitimate and legally justified interest to keep data in a data base. The archives of a newspaper are a good example. It is clear that the right to be forgotten cannot amount to a right of the total erasure of history. Neither must the right to be forgotten take precedence over freedom of expression or freedom of the media. The new EU rules will include explicit provisions that ensure the respect of freedom of expression and information. After all, I have been the EU’s Media Commissioner for many years, and I will never compromise in the fight for the fundamental rights of freedom of expression and freedom of the media. This also holds true in the field of data protection, which is another important fundamental right, but not an absolute one”. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF>. Acesso em 20-03-2017.

³²⁸ GOMES, Júlio. *Ops. cit.* pg. 272.

³²⁹ MELLO, Cristiane. *A liberdade de expressão nas redes sociais: direito de crítica do empregado x imagem e honra do empregador*. Revista de Direito do Trabalho – RDT, n. 157, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pg. 18 e ss.

³³⁰ *A liberdade (...) ops. cit.* pg. 43.

Em Portugal, a liberdade de expressão como garantia fundamental a todo e qualquer cidadão português é prevista pelo artigo 37 da Constituição³³¹, cabendo, contudo, ao artigo 14 do CT, a disciplina específica acerca da liberdade de expressão do trabalhador³³²

No Brasil, não há legislação específica que trate da liberdade de expressão do trabalhador, tendo a Constituição Federal, por meio do artigo 5^o³³³, inciso IX e IV, previsto tal garantia de forma ampla. Recentemente, contudo, foi instituída a liberdade de expressão na *Internet*, por meio da Lei n. 12.965, de 24 de abril de 2014, conhecida como marco civil da *Internet*, estabelecendo-a como princípio e garantia plena do exercício do direito de acesso à *Internet* (artigo 2 e art. 3, inciso I e artigo 8), sendo ainda nula de pleno direito as cláusulas contratuais que ofendam o princípio da liberdade de expressão (parágrafo único do art. 8).

No âmbito internacional, a liberdade de expressão é garantia assegurada em diversos diplomas internacionais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prevê em seu art. 10 que: “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que a sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei”³³⁴.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, por seu turno, trata do assunto nos artigos 18 e 19.

Já a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, conceitua o direito de liberdade de expressão no n. 1

³³¹ Previsto nas Constituições portuguesas desde 1822, art. 7.

³³² Como ensina Gomes Canotilho e Vital Moreira, nesse artigo está prevista a liberdade de expressão de pensamento e o direito de informação, onde o primeiro corresponde à expressão de ideias e o segundo à recolha de informações, sendo difícil pontuar a fronteira entre eles, mas evidente à sua distinção. *Constituição (...) ops. cit.* pg. 572.

³³³ A liberdade de expressão sempre foi prevista na Constituição Brasileira, desde a primeira de 1824, promulgada pelo imperador Dom Pedro I.

³³⁴ Texto extraído de: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 01-03-2017.

do artigo 10 como: “Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras.”³³⁵ No número 2 prevê as limitação da liberdade de expressão, dentro de uma sociedade democrática.

Também foi previsto no art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, compreendendo a liberdade descrita no n. 01 como o direito de: “procurar, receber e divulgar informações e ideias de toda a índole sem consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo que escolher.”³³⁶ Logo no n. 2 são impostas restrições a esse direito, para assegurar o respeito pelos direitos e reputação de outros e salvaguardar a segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou moral pública.

No âmbito do continente Americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969 prevê a liberdade de expressão no art. 13. Na seara do direito Europeu, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000³³⁷ estabeleceu no art. 11 a liberdade de expressão.

Como liberdade de expressão, entende-se toda e qualquer manifestação, englobando-se “opiniões, ideias, pontos de vista, convicções, críticas, tomadas de posições, juízos de valor de qualquer matéria ou assunto (questões políticas, económicas, gastronómicas, astrológicas) e quaisquer que sejam as finalidades (influência de opinião

³³⁵ Texto extraído de: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>. Acesso em 01-03-2017.

³³⁶ Texto extraído de: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html. Acesso em 01-03-2017.

³³⁷ Paula Quintas explica o histórico de decisões dos Tribunais Europeus a respeito dos direitos fundamentais e a nesse

ssidade de se ter um diploma escrito a respeito. Ver em *O direito à palavra no mundo do trabalho: liberdade de expressão ou delito de opinião?* Centro de Estudos Judiciários, Prontuário de Direito do Trabalho n. 76-77-78, Jan. Dez. 2007. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. pg. 125 e ss. Finaliza citando Gomes Canotilho sobre o motivo pelo qual foi necessária a adoção de uma carta de direitos fundamentais no âmbito europeu, cuja reprodução é interessante: “O seu primeiro objetivo é, assim, a positivação de direitos através da sua incorporação jurídica no ordenamento da União. Em segundo lugar, pretende-se positivar os direitos conferindo-lhes um valor de *Fundamental Rights* e atribuindo-lhes uma hierarquia materialmente superior no quadro das fontes de direito da União Europeia.” *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, In AAVV. *Corpus Iuris Gentium Coninbrigae*. n. 2, pg. 13.

pública, fins comerciais) e os critérios de valoração (verdade, justiça, beleza, racionais emocionais, cognitivos, etc.).”³³⁸

Em sentido técnico, traduz-se numa permissão de exteriorizar o pensamento, de forma natural ou artificial, onde natural significa a fala, os gestos ou atitudes, e a artificial compreende a escrita ampliação de voz e meios de comunicação social³³⁹, inclusive os novos meios, como “*chats*”, *blogs*”, “protestos electrónicos”, entre outros³⁴⁰.

Essa exteriorização pode ser sem destinatário, com destinatário determinado, com destinatário indeterminado (comunica ao público) ou de massas (também ao público, mas com os meios de comunicação social)³⁴¹. Por tal razão, pode-se dividir a liberdade de expressão em sentido amplo, incluindo-se toda e qualquer liberdade, tais como a liberdade de imprensa, de criação, bem como de acesso aos meios de comunicação social. Em sentido estrito, pode ser entendida como a liberdade perpetuada por meios mais simples e imediatos de exteriorização³⁴².

A prática desse direito não deve sucumbir à limitações ou restrições, não havendo qualquer obstáculo ou impedimento no exercício desse, sendo corolário da liberdade de expressão a proibição da censura³⁴³, o que não significa dizer que pode ser praticada sem limites, não sendo absoluto, dependendo sempre da casuística para se apurar os limites e, se houve ou não abuso no exercício desse direito.

Todo o ordenamento jurídico deve ser desenvolvido através da fórmula política instituída pela Constituição, como melhor esclarece Willis Santiago Guerra Filho: “Enquanto manifestação de uma opção básica por determinados valores, característicos de uma ideologia, a fórmula política inserida na Constituição se apresenta como um

³³⁸ CANOTILHO, J.J. MOREIRA, Vital. *Constituição (...) ops.cit.pg. 572.*

³³⁹ CORDEIRO, António Menezes. *A liberdade de (...) ops. cit. pg. 38.*

³⁴⁰ CANOTILHO, J.J. MOREIRA, Vital. *Constituição (...) ops.cit.pg. 572*, fala que a constituição protegeu também os meios de expressão, palavra imagem, ou qualquer outro, inclusive esses novos através da tecnologia. Acrescenta que o direito de expressão não representa um acesso aos meios de comunicação social. Todavia, com a *Internet*, é possível que toda a pessoa expresse seus pensamentos no meio virtual.

³⁴¹ CORDEIRO, António Menezes. *A liberdade (...) ops. cit. pgs. 38-39.*

³⁴² *Idem.* pg. 40.

³⁴³ CANOTILHO, J.J. MOREIRA, Vital. *Constituição (...) ops.cit.pg. 573-574.*

programa de ação a ser partilhado por todo o integrante da comunidade política e, por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade”³⁴⁴.

Como bem ressalvado por MENEZES CORDEIRO, “(...), perante qualquer problema, não é apenas uma norma isolada que se aplica, mas antes toda a ordem jurídica, com a Constituição, as suas normas e os seus princípios, à frente.”³⁴⁵

Assim, havendo outros direitos igualmente protegidos pela constituição, designadamente o direito de outros cidadãos, tais como o direito à integridade moral, ao bom nome e à reputação, também a liberdade de expressão deve conter limites, a fim de que não seja configurada punição penal (como a injúria e a difamação) ou administrativa, nos termos do art. 18 n. 2 da CRP e art. 335 do CC no Direito português e no Direito brasileiro com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade³⁴⁶, por falta de disposição legal.

Como decidiu o Tribunal Constitucional Português no Acórdão n. 81/84, nenhum direito é absoluto. Assim, mesmo que o art. 37 da Constituição proibía a censura, essa deve se atentar ao abuso do direito no seu exercício, em respeito à liberdade de expressão para além do necessário à convivência com outros direitos³⁴⁷.

Nessa seara, o Tribunal Constitucional Espanhol entendeu que a liberdade civil do trabalhador “não pode, obviamente, ser invocada para romper o quadro normativo e contratual definidor da relação de trabalho, mas também os princípios que informam esta

³⁴⁴ FILHO, Willis Santiago Guerra. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS, 2009. p. 16.

³⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes. *O respeito pela esfera (...) ops. cit.* pg. 32.

³⁴⁶ Nesse sentido, se pronunciou o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho em entrevista sobre a liberdade de expressão do trabalhador. Ao ser indagado com a seguinte pergunta: “Sem limites bem definidos, como a Justiça soluciona conflitos relativos à liberdade?”, respondeu: “Tudo parte em princípio de uma lógica, mas muitas vezes a lógica acaba se transformando num “achômetro”, que não corresponde a um critério científico. O que dispomos é do material jurídico próprio para resolver conflitos: usamos os princípios da proporcionalidade, verificamos na hipótese qual direito deve prevalecer, e o ajustamos ao princípio da razoabilidade. São critérios juridicamente importantes para resolução dos conflitos, que acabam correspondendo a uma lógica, que não é necessariamente a minha ou a sua. Isso é um critério seguro porque parte de um ponto de vista neutro.” Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/ministro-alexandre-agra-belmonte-fala-sobre-a-liberdade-de-expressao-no-trabalho. acesso em 01-03-2017.

³⁴⁷ Paula Quintas cita referido Acórdão no texto *Direito à crítica (...) ops. cit.* pg. 134. O Acórdão foi publicado no *DR*, II, Série, de 31 de janeiro de 1985, pg. 1025.

última, preservando o honesto e leal cumprimento pelas partes das suas obrigações, *nunca poderão chegar ao ponto de impedir, além dos imperativos impostos pelo contrato, o exercício da liberdade civil que a Constituição tutela*”³⁴⁸.

Em tom de crítica à redação dada ao artigo 15 do CT de 2003, que permaneceu incólume na revisão de 2009, José João Abrantes³⁴⁹ menciona que o legislador, ao se utilizar de palavras vagas como “normal funcionamento da empresa” dá margem a possíveis arbítrios por parte do empregador, operando um verdadeiro limite ao limite, já que a Constituição Portuguesa impõe limite aos direitos fundamentais no n. 2 do art. 18: “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

A primeira limitação ocorre dentro do horário de trabalho, no próprio desempenhar da função, sendo que o trabalhador não pode deixar de cumprir com suas tarefas a fim de expor livremente seu pensamento, com redução da sua produtividade³⁵⁰.

Como dito em linhas pretéritas, a expressão de pensamento pode ser feita de forma artificial, por meio da escrita, nos novos meios de tecnologia, como as redes sociais, por exemplo. Algumas empresas proíbem o acesso às redes sociais durante o expediente de trabalho, inclusive com bloqueio dessas páginas pelos computadores da empresa e através de códigos de conduta prevendo expressamente essa restrição.

Mas em razão da *Internet* móvel, acessada pelos *smartphones*, a barreira de acesso é rompida, não sendo possível ao empregador, dentro do seu poder diretivo, retirar acesso das redes sociais dos telefones celulares dos trabalhadores. Todavia, se verificado que o

³⁴⁸ Citação feita por José João Abrantes, *O novo Código do Trabalho (...) ops. cit.* pg. 154, da sentença do Tribunal Constitucional Espanhol de 21 de janeiro de 1988, que exauriu a matéria.

³⁴⁹ *O novo Código (...) ops. cit.*, pg. 158 e ss. Referido autor faz referência às legislações alemã e italiana, sendo que a primeira utiliza o termo “paz na empresa” e a segunda para uma ponderação de interesses.

³⁵⁰ *Idem.* pg. 41. Nesse sentido, entendeu o TRT da 2 Região, ao apreciar um caso em que o trabalhador acessava as redes sociais durante o expediente, tendo validado a justa causa aplicada pela empresa. Processo n. 1000378-73.2014.5.02.0613, Desembargadora Relatora Rosa Maria Villa, 2 Turma, julgamento em 03.07.2016, e também, processo n. 1000378-73.2014.5.02.0613, decisão de primeiro grau, Juiz Helder Campos de Castro, publicada em 19.10.2015, ambas disponíveis em: http://search.trtsp.jus.br/easysearch/?template=TRTSP_PJE#q=msn, acessado em 06-04-2017.

trabalhador fica no celular, *postando* nas redes sociais durante o horário de trabalho e com clara redução da sua produtividade, este pode ser dispensado por justo motivo³⁵¹.

Outra limitação é a forma de se expressar, que admite uma forma de manifestação que não cause danos³⁵² à boa fama e imagem do empregador³⁵³ ou demais colegas ou ainda aos clientes da empresa³⁵⁴, feitas dentro do dever de urbanidade e probidade decorrente dos deveres acessórios do contrato de trabalho³⁵⁵, já visto alhures. Não seria

³⁵¹ Em sentido contrário, entendeu o juiz da 1ª Vara do Trabalho de Goiânia que a empresa não provou a redução de produtividade da empregada por ela permanecer no celular por acessos ao *Facebook*, ônus que lhe competia. Para o magistrado: “O direito fundamental da liberdade de expressão, abrange a liberdade de comunicação. Não há lei que autorize a empresa a tornar o trabalhador incomunicável (hipótese que lembra cárcere privado). Portanto, a restrição de comunicação deve ser feita por critério de razoabilidade. No caso, a reclamada não trouxe elemento que justifique a proibição do trabalhador acessar o *Facebook*, no seu tempo ocioso pelo celular. Alegou diminuição da produtividade, mas não fez prova disto.” TRT 18 Região, processo n. 0010486-59.2016.5.18.0001, sentença publicada em 03-08-2016, disponível em https://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=280829&p_grau_pje=1&popup=0&cid=13056, acesso em 11-03-2017.

³⁵² Júlio Gomes assim esclarece: “...encontrando a liberdade de expressão o seu primeiro limite na necessidade de conciliação com outros direitos fundamentais e na procura de um ponto de equilíbrio, tal liberdade não pode servir de pretexto para a violação dos direitos de personalidade alheios. Assim, e designadamente, o trabalhador terá, no exercício da sua liberdade de expressão, de respeitar as obrigações de urbanidade e probidade” (*ops. cit.* pg. 276) e sobre o dever de urbanidade e a crítica: “O dever de urbanidade, não é, contudo, incompatível com um direito à crítica por banda do trabalhador desde que essa crítica seja feita, ela própria, em termos corteses e não viole um dever de sigilo, nem prejudique a imagem da empresa” *ops. cit.* pg. 531.

³⁵³ O Superior Tribunal de Justiça do Brasil editou a Súmula n. 227 que prevê a possibilidade de dano moral à empresa. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho condenou uma ex-funcionária a indenizar os antigos empregadores (uma clínica de *petshop*) por, após a sua saída da empresa, ter postado na rede social *Orkut* ofensa aos mesmos e ter afirmado que maltratava os cachorros que atendiam. Processo n. 625-74.2011.5.09.0001, disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=82C49ACB763C9CB3EF46E3C201841A95.tst32?conscsjt=&numeroTst=625&digitoTst=74&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0001&consulta=Consultar>, acesso em 11-03-2017.

³⁵⁴ Restou configurada justa causa de despedimento a um atendente de telefonia que agrediu verbalmente uma assinante, tendo a primeira instância entendido que o autor teria somente exercido seu direito de defesa, pois a assinante que iniciou as ofensas. Todavia, esse não foi o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que ao julgar o recurso ordinário interposto, tomou por base também o histórico do autor, que já tinha proferido xingamentos à sua superior hierárquica nas redes sociais, confirmando-se a justa causa. TRT 15ª Região, processo n. 0000663-31.2012.5.15.0051, Desembargadora Relatora Andrea Cuelfi Cunha, data da publicação do Acórdão 17/6/2014. Disponível em <http://portal.trt15.jus.br/numeracao-unica>.

³⁵⁵ Sobre esse assunto, citamos o Acórdão do STJ proferido em 28/5/2014, em que uma jornalista portuguesa ingressou com ação a fim de ser declarada nula a sanção disciplinar de repreensão aplicada pela sua empregadora, onde a sentença julgou a ação improcedente e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa julgou procedente. O contexto é o seguinte: ao proferir uma entrevista a um jornal – o de maior tiragem em Portugal, em torno de 1 milhão de leitores por dia – a jornalista foi questionada sobre novas contratações na emissora em que trabalhava, e esta ao responder, elogiou as novas contratações, mas manifestou que este era o seu entendimento, e que não poderia falar pelos demais colegas: “Só falo por mim, não o vou fazer pela redacção. Tem havido conselhos de redacção, mas prefiro não falar sobre isso. São grandes nomes do jornalismo, não foram buscar o ‘Zé da esquina’, são profissionais” e, em seguida,

tolerável, por exemplo, um trabalhador expor em um hotel de luxo a placa “abaixo aos ricos”, ou, ainda, um funcionário do clube de futebol que receba as quotas dos sócios com a camiseta de outro time³⁵⁶.

As situações acima descritas foram analisadas dentro dos contextos em que foram produzidas. Quando transportadas para o ambiente das redes sociais, algum fato que antes não era danoso, pode se tornar dentro deste novo ambiente.

A potencialidade do dano e a sua manutenção, dada a dificuldade de se retirar a informação, deve ser analisada quando houver sopesamento do direito à liberdade de expressão e o risco de ofensa à honra e à imagem da empresa. Este risco não é compreendido somente no comentário, mas e, principalmente, na publicidade deste, visto que uma vez nas redes sociais, podem “viralizar” de diversas formas, especialmente com os mais modernos mecanismos de divulgação, tais como as *hashtags* e botões de *compartilhar*.

Mais uma vez, a verificação de dano dependerá da casuística. É justificável a dispensa por justa causa de uma trabalhadora que, durante o expediente, utiliza-se do *Facebook* do seu *smartphone* para tecer comentários pejorativos aos clientes e colegas de

respondeu sobre o que esperava da emissora: "Acho que a BB tem muito a melhorar em termos informativos. Piorar, acho que é impossível"; "Gostava que começássemos a dar cartas, que deixássemos de seguir as páginas dos jornais e as notícias da rádio e passássemos a ser nós a fazer as páginas do dia seguinte"; "Estou na '...', um programa que foi vampirizado, literalmente, pelo '...' por causa das boas audiências que fazia e deixou de ter existência própria. Chegou a ter mais audiências do que qualquer '...'. Se calhar, o que o '...' tem de fazer é melhorar a sua informação." (g.s.n) Especificamente, as expressões grifadas foram alvo de apuração pelo STJ se estas lesionavam tanto a reputação do empregador quanto à dos demais colegas, além de possível violação do dever de lealdade, urbanidade e probidade, tendo sido confirmada a lesão e a violação de direitos, em abuso ao direito de liberdade de expressão, com julgamento final de improcedência da ação. Disponível em www.dgsi.pt, acesso em 9/3/2017.

³⁵⁶ Exemplos dados por Guilherme Dray, in *Código do Trabalho Anotado*, ops. cit. 9. Edição, 2013, pg. 150. No Brasil, ficou famoso o caso do executivo da Localweb (empresa provedora de *e-mail*) ter manifestado em seu *Twitter* pessoal provocações à torcida do São Paulo Futebol Clube (famoso time de futebol) por ser torcedor do Esporte Clube Corinthians. O problema era que a empresa era patrocinadora do São Paulo, o que gerou revolta por parte dos torcedores desse clube contra a empresa. Após o ocorrido, o executivo foi dispensado sem justa causa. Notícia disponível em: <http://exame.abril.com.br/tecnologia/diretor-localweb-insultou-sao-paulo-deixa-cargo-544792/> - acesso em 11/3/2017. Em Portugal, caso parecido ocorreu com dois trabalhadores da Liga Portuguesa de Futebol Profissional que, em suas páginas pessoais do *Facebook*, teceram comentários negativos a dois clubes da liga. Essa conduta foi objeto de processo disciplinar, conforme notícia Alice Pereira de Campos, *Infracções disciplinares em redes sociais on-line*. In Estudos dedicados ao professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, volume III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. pg. 129.

trabalho³⁵⁷, ou então expõe a situação financeira do seu chefe no *Facebook* ao comentar que estava "cansada de ser saco de pancada do chefe, só Pq ele está sem grana, conta negativa!!! E a pessoa se diz pastor evangélico, só se for do capeta"³⁵⁸. Ou, ainda, uma funcionária que faz uma reclamação da empresa com palavras de baixo calão e utiliza-se da *hashtag* com o nome da empresa, vinculando qualquer procura pelo nome da empresa a este comentário, com nítida ofensa ao bom nome e boa fama da empresa³⁵⁹.

É válida também a justa causa ao empregado que no grupo de WhatsApp dos colegas da empresa, incluídas pessoas da área de Recursos Humanos, extrapola ao expressar sua opinião sobre o uniforme da empresa, com mensagens ofensivas à empresa e aos seus representantes³⁶⁰.

Outra questão a ser enfrentada se dá quando os trabalhadores *curtem* comentários considerados danosos ao empregador. Apesar de não terem sido eles a fazerem o *post*, questiona-se se a *curtida* seria um apoio e até mesmo um meio de divulgação do *post*,

³⁵⁷ Essa situação foi verificada no processo n. 0001843-84.2012.5.15.0018, de lavra do Des. Relator Lourival Ferreira dos Santos, TRT 15 Região, Acórdão publicado em 14/6/2013 – disponível em http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:wnhPgyVOIEJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2013/047/04737413.rtf+inmeta:DATA_PUBLICACAO_VOTO_INTERNET:daterange:2013-06-14..2013-0617&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF8&lr=lang_pt&access=p&client=dev_index&site=juris&oe=UTF-8. As expressões utilizadas foram: "É muita gente feia por metro quadrado!!!"; "Sabe qdo vc está trabalhando na página 11 de 30 e o cliente, tipo burro do Shrek, fica perguntando se já terminou?" e "A hora demorou a passar hj, na Monstros S.A. (rs)"; "Vim fazer uma impressão e a mulher está tentando me vender um hidratante Jequiti com aroma de ambrosia (rs) ... E ela lavou o meu braço com o tal produto, mesmo com o meu EVIDENTE desinteresse!!! Hahaha"; "Quando é que vou me livrar da gentinha seres supremos?! AFFFFFFF"; E mais: "Além de sofrer de TOC a psicopata agora está surda"; "Não dá pra esperar mta coisa de pessoa do sexo feminino que bebe cerveja e joga baralho"; "Mal amadas e suas cobranças. Aff"; "Hoje eu acordei meio Miss Universo, vou de cintura marcada e as monstros que morram de inveja".

³⁵⁸ Processo n. 1001196-90.2016.5.02.0019, 17 Turma, Des. Relatora Maria de Lourdes Antonio. Disponível em www.trtsp.jus.br, acesso em 03-12-2017.

³⁵⁹ Sentença proferida no processo n. 1000891-55.2014.5.02.0382, TRT 2 Região. Citamos, por exemplo, a decisão do Tribunal Superior da Catalunha, de 03 de Março de 2016, que reverteu a justa causa aplicada a um trabalhador, por entender que as expressões utilizadas na sua página pessoal do *Facebook* com relação aos representantes do empregador, tais como, "mafioso", "corruptos", "cobarse favores", não foram consideradas injuriosas, visto que a entidade patronal, por ser uma entidade que financia fundos públicos, deve se submeter a uma crítica maior. Comentários sobre essa decisão: SERRANO, Antonio Navarro. *Redes sociales y libertad de expresión: puede un trabajador criticar a su empleadora, fuera del centro y jornada de trabajo, y ser sancionado por ello?*, Revista Aranzati Doctrinal. N[úmero 8, setembro de 2016. Thomson Reuters Aranzati: Pamplona. pgs. 159-163.

³⁶⁰ Processo n. 0011907-83.2016.5.15.0093, 6 Vara do Trabalho de Campinas, TRT 15 Região, sentença publicada em 01-02-2017. Disponível em: [procurar no dejt](http://procurar.no.dejt) 01-02-2017.

dado que, em muitos casos, torna-se visível aos amigos do *Facebook* aquele comentário, dando maior publicidade ao possível dano à imagem e boa fama da empresa.

Dentro dessa discussão, não foi considerada justa causa de despedimento o fato de uma trabalhadora ter curtido um *post* de outra funcionária sobre a baixa qualidade da cesta básica fornecida pela empregadora. O comentário da trabalhadora era sem dúvida reprovável, mas entendeu-se que, realmente no mês da postagem, houve problema no arroz, possuindo o mínimo de fundamento a reclamação, justificando a curtida da outra funcionária. Apurou-se ainda, se a propagação do comentário através da curtida teria repercussão na imagem da empresa, o que restou afastado, pois a funcionária colocou siglas e não o nome da empresa³⁶¹.

No mesmo sentido, não se considerou justa causa de despedimento o fato de uma trabalhadora ter curtido e comentado “é verdade amiga” na publicação de outra colega sobre as difíceis condições de trabalho enfrentadas pelos funcionários de um hospital. A publicação em si não foi considerada abusiva, feita dentro dos limites da liberdade de expressão sem causar dano à honra do empregador³⁶².

Diferentemente dos casos acima, foi declarada válida a justa causa de um trabalhador que curtiu e comentou *post* de outro colega com conteúdo gravemente ofensivo à honra e boa fama da empresa, tendo entendido os julgadores que o fato de *curtir* o comentário seria um meio de pactuar com este, concordar e, portanto, também violar o direito à honra do empregador³⁶³.

³⁶¹ Processo n. 1000673-79.2015.5.02.0612, TRT 2 Região, Desembargadora Relatora Riva Fainberg Rosenthal, publicado em 05.04.2017. O comentário da funcionária foi: “Lá vai meu desabafo. A Dsp dá uma cesta básica do ca(...) que dá até vergonha doar um arroz veio, o feijão preto e duro nem vem sal nessa bosta, toda vez diminui alguma coisa, daqui uns dias vai ser só sacola vazia para usar pra jogar lixo. Pelo amor de deus viu, tô indignada com essa cesta básica cada vez pior aposto que os donos não levam para casa, pronto falei”. Disponível em www.trtsp.jus.br, acessado em 04-04-2017.

³⁶² Processo n. 1000588-17.2015.5.02.0702, TRT 2 Região, Desembargador Relator Sérgio Roberto Rodrigues, publicado em 16.02.2017.

³⁶³ Processo n. 0000656-55.2013.5.15.0002, TRT 15 Região, Desembargadora Relatora Patrícia Glugovskis Penna Martins, publicado em 14-03-2014, disponível em http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&n_idv=1445498, acesso em 11-03-2017.

Por outro lado, não será o caso de dispensa por justa causa ao trabalhador que, no curso de seu aviso prévio, faça um verdadeiro desabafo da situação laboral enfrentada nos mais de 14 anos de serviço prestados à empresa, sem qualquer tom ofensivo, e, ainda, sem ter mencionado o nome do empregador ou seus superiores hierárquicos³⁶⁴. Também não será razoável a aplicação da justa causa em funcionário que posta no *Facebook* sua indignação com relação ao fato de constar no acordo coletivo firmado entre a empresa e o Sindicato o horário de abertura da loja no domingo às 14 horas, mas serem obrigados a chegarem às 12 horas. O entendimento foi de que o empregado não lesou nenhum direito da empresa, não tendo feito através de meios ofensivos, estando dentro do seu direito de crítica, não tendo incitado a greve, como entendido pela empresa³⁶⁵.

No mesmo sentido, ofende o bom nome e a honra do representante da empresa um trabalhador que envia mensagens a outros colegas no *Facebook*, com perfil falso, imputando determinadas atitudes ao representante da empresa, que não se provaram verdadeiras, justificando a justa causa aplicada³⁶⁶.

Pelas decisões acima, verifica-se que é possível o direito de crítica ao empregador, sendo possível aos funcionários expressarem seu descontentamento com possíveis falhas das empresas, e em alguns casos até expondo a situação laboral enfrentada por esses³⁶⁷,

³⁶⁴ Processo n. 0001938-33.2013.5.10.0014, TRT 18 Região, Acórdão publicado em 8/8/2014. No caso ainda foi verificada a questão da crítica ter sido feita após a comunicação de dispensa, o que para os magistrados não poderia ocorrer, sendo possível a justa causa no curso do aviso prévio quando o empregador descobrisse atos gravosos feitos antes da dispensa sem justa causa. Disponível em www.trt18.jus.br, acessado em 11-03-2017.

³⁶⁵ Processo n. 0000391-22.2012.5.09.0013, TRT 9 Região, Desembargador Relator Cláudia Cristina Pereira, publicado em 3/6/2014. Nesse caso, o ex-funcionário não só conseguiu reverter a justa causa aplicada, como a empresa foi condenada no pagamento de danos morais em razão da dispensa, diante da repercussão que gerou na empresa, com dano à honra do trabalhador.

³⁶⁶ Tribunal da Relação de Évora, Acórdão de 30/1/2014, disponível em www.dgsi.pt. No caso, as mensagens enviadas imputavam ao representante gasto errôneo do dinheiro em benefício próprio, com ameaça de denúncia ao ministério público e queixa a segurança social. O empregador era uma instituição sem fins lucrativos que auxiliava na assistência médica e social da comunidade cristã. As alegações do ex-funcionário chegaram a ser feitas como queixa-cri-me por difamação.

³⁶⁷ Júlio Gomes chama a atenção ao fato de alguns países serem mais ou menos permissivos com relação à exposição da situação da empresa ao público. Menciona que a França adota um entendimento mais permissivo que a Alemanha nesse sentido, citando um caso francês que ficou famoso - o Acórdão Clavaud, em que um trabalhador proferiu entrevista a um jornal de cotidiano expondo a situação difíceis de trabalho, como horários noturnos, ruído em excesso, salário baixo. A Corte de Cassação entendeu não ter sido uma ação que expunha a empresa em si, mas a situação penosa do trabalho operário. Referido autor faz uma análise da jurisprudência de diferentes países nesse sentido, sendo válida a leitura. *Ops. cit. pg. 280.*

mas desde que estes sejam feitos dentro do dever de urbanidade e respeito, sob pena de ofenderem o direito ao bom nome do empregador, e desde que respeitem o dever de confidencialidade.

Como exposto em item acima, o dever de confidencialidade consiste na proibição do funcionário na divulgação de dados confidenciais da empresa ou de seus clientes. E, nesse sentido, restou configurada justa causa de despedimento o fato de uma médica ter transmitido, por meio do *WhatsApp*, informações de uma paciente do hospital e que, por esta paciente ser pessoa pública, rapidamente caiu em todas as redes sociais, inclusive na mídia³⁶⁸.

O mesmo ocorreu com um médico que trabalhava no plano de saúde que dava cobertura a essa paciente, por ter feito também pelo *WhatsApp* comentários maldosos com relação à situação da paciente³⁶⁹.

Em sentido contrário, foi revertida a justa causa de uma funcionária que postou no *Facebook* o comunicado interno da empresa de que a partir de determinado dia um outro funcionário não fazia mais parte do quadro da empresa, pois se entendeu que tal ato não expunha informações sigilosas e confidenciais, muito menos violaria a imagem da empresa³⁷⁰.

Outra situação enfrentada é quando o empregado tem conhecimento de alguma conduta ilícita do empregador e se tem o dever de reportar ou se deve manter a confidencialidade da informação. Nos países anglo-saxônicos, principalmente nos

³⁶⁸ A pessoa pública no caso era a ex-primeira dama Marisa Leticia Lula da Silva, mulher do ex-presidente Lula. O hospital Sírio Libanês dispensou a médica por justa causa (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/medica-do-sirio-libanes-e-demitida-apos-compartilhar-diagnostico-de-dona-marisa-em-grupo-de-whatsapp.ghtml>). A funcionária ingressou com ação cautelar de antecipação de prova, com n. 1000222-07.2017.5.02.0023, TRT 2ª Região, cujo teor não se sabe, por o processo estar em segredo de justiça. Outro caso conhecido foi o de uma enfermeira ter enviado por *WhatsApp* o vídeo do jogador Neymar chegando ao hospital, apenas para conhecidos, mas que caiu na rede, tendo sido dispensada por justa causa – disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204076,101048-O+WhatsApp+e+a+justa+causa>. Acesso em 11/3/2017.

³⁶⁹ <http://m.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1855768-unimed-demite-medico-que-fez-comentarios-sobre-marisa-leticia.shtml?cmpid=facefolha>. Não se tem notícia que esse médico tenha ingressado com ação.

³⁷⁰ Processo. n. 1000299-24.2014.5.02.0313, TRT 2 Região, Desembargador Relator Jomar Luz de Vassimon Freitas, publicado em XX disponível em www.trtsp.jus.br.

Estados Unidos, é incentivada a denúncia por parte do trabalhador de condutas ilícitas nas empresas, chamado de *whistleblowing*, conduta essa não muito incentivada e até reprimida por parte de Países Europeus, como Alemanha, França, Itália e Portugal, e que por razões histórico-políticas até se justificam³⁷¹.

Há quem defenda a publicação de condutas ilícitas: “Consideramos legítimo o comportamento do trabalhador que dê notícia ou critique, através dos órgãos de comunicação social – fora, portanto, do âmbito da organização do trabalho – situações incorrectas ou perigosas imputáveis à entidade empregadora, desde que a divulgação seja feita em determinadas condições, a saber, o cuidado do trabalhador no sentido da prova da veracidade dos fatos, a prossecução de um interesse legítimo ou relevante, a congruência das modalidades de divulgação, a não utilização de termos injuriosos ou difamatórios e, decisivamente, a não actuação com *animus docendi*”³⁷².

No Brasil, é muito comum a denúncia anônima de trabalhadores ao Ministério Público do Trabalho, sendo tal prática incentivada por meio de campanhas públicas, e inclusive no próprio *site* da instituição³⁷³. Em obediência ao princípio da boa-fé, essa denúncia não pode ser falsa, com intenção de prejudicar terceiro, sob as penas da lei penal³⁷⁴.

³⁷¹ Também sobre o assunto consultar Júlio Gomes, *ops. cit.* pgs. 281-283.

³⁷² REIS, Raquel Tavares dos. *Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência*, Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 134-135.

³⁷³ http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/servicos/denuncias!/ut/p/z1/pZDBC0JAEIafxuvOWJbSbZMQk8gOoc0iNLZVUFfWLV8_rWNIh-Y2w_fxDz8QpEBNdi9IZkrVZNWwn2h5tgN0wvUeoyCKXeQHe7cJA3vmcxeSKSByFkB_-CMw-vhlOA4-TUaE7jTwfPFXYBZIVip_9cGbfO5JIC2uQgvNbno4F8a03cpCC_u-Z1IpWQl2UTXLtYWfrEJ1BtI3GNr6mGIZ14nX8QffGXab/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/. Acessado em 01-03-2017.

³⁷⁴ Como foi o caso de uma advogada que, ao preencher o formulário digital na página do Ministério Público do Trabalho, colocou nome de uma funcionária que trabalhava no mesmo local, com telefone, e informou que a empresa teria feito acordo com funcionário para receber as verbas rescisórias e o seguro-desemprego, mas continuaria trabalhando. Meses mais tarde, o delegado de polícia ligou no número e verificou que todas as informações da denúncia eram falsas. Processo n. 0022982-38.2010.8.21.0053, Comarca de Guaporé, 2 Vara Judicial, andamento processual <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em 01-03-2017.

No mundo das redes sociais, tal discussão parece ainda não ter chegado (pelo menos não foi encontrada em nosso estudo), mas acreditamos que num futuro, não muito distante, tal fato possa ocorrer diante da facilidade de propagação das informações.

Antes de finalizarmos esse tópico, é válido também ressaltar outra forma de manifestação, qual seja, a postagem de fotos nas redes sociais. E nesse particular, também poderá haver limites, principalmente no que se refere à boa-fé. Por exemplo, um funcionário que estava supostamente doente, em licença médica concedida pela empresa em razão de atestado médico entregue, posta fotos em festas, consumindo álcool, no mesmo período em que deveria estar se recuperando. A justa causa foi aplicada, com validação pela Justiça³⁷⁵, por quebra de fidúcia, diante da declaração fraudulenta de doença. No mesmo sentido, a funcionária que entregou atestado médico, mas foi correr uma maratona, tendo postado foto no *Facebook* da sua corrida³⁷⁶.

Da exposição desse tópico, conclui-se que antigas discussões atinentes ao direito do trabalho, mormente os limites do direito de crítica em colisão ao direito ao bom nome da empresa, são retomadas nas redes sociais, ganhando-se uma nova roupagem, diante dos mecanismos existentes nessas plataformas, como os botões de *curtir*, *comentar* e as *hashtags* e, principalmente, diante da possibilidade de propagação das informações postadas, como também a possibilidade do empregador ter ciência de fatos que, noutros tempos, dificilmente seriam de seu conhecimento.

c) Preclusão do direito.

Outra questão que se coloca quanto a publicações de *posts* ou trocas de mensagens nas redes sociais é a preclusão do direito de despedimento. Como visto no subitem *b* do item 1.4 (requisitos para a aplicação da justa causa) a imediatidade é fator importantíssimo para se apurar a validade da justa causa.

³⁷⁵ Processo n. 0000149-49.2015.5.07.0034, Vara do Trabalho de Eusébio, TRT 7 Região, sentença publicada em 04-05-2015.

³⁷⁶ Processo. n. 0001703-74.2012.5.01.0039, TRT 1 Região, Des. Relator Ivan da Costa Alemão Ferreira, publicado em 23-09-2014. Disponível em www.trt1.jus.br. Acessado em 13-03-2017.

Há que se analisar quando se começa a contar o prazo para o despedimento. Se da data do conhecimento do empregador do conteúdo posto nas redes sociais, ou ainda se, como continuamente exposta a informação, se inexistiria um prazo.

Não há decisões brasileiras e portuguesas que chegaram e adentraram nesse mérito. Utilizando-se o que já existe de discussão na doutrina e na jurisprudência sobre a partir de qual momento deverá ser iniciado o prazo para o despedimento (vide subitem *b* item 1.4), em nossa análise, entendemos que o prazo começa a contar da data de ciência do empregador ao fato, não havendo se falar em inexistência de preclusão enquanto a informação estiver exposta, dado que uma vez ciente o empregador, este deve tomar uma atitude rapidamente, sob pena da demora configurar inexistência de fato grave.

Como exemplo, citamos decisões espanholas, que não são unânimes nesse particular, variando no entendimento que começa a contar a imediatidade quando da *postagem* do conteúdo no *Facebook* e o conhecimento do empresário dessa informação, entendimento diverso dado por algumas decisões, que considera um fato continuado uma vez que a informação permanece no sistema, não havendo falta de imediatidade³⁷⁷.

1.2. Conclusão.

O poder disciplinar do empregador é uma das características mais peculiares do Direito do Trabalho, visto ser possível a aplicação de sanções diretamente aos trabalhadores, por condutas reprováveis ou por irregularidade no cumprimento do contrato. Apesar de ser uma faculdade, quando tomada a decisão de punir, esta deverá seguir alguns requisitos, não podendo ser utilizada ao bel querer do empregador.

Dentre essas punições, está o despedimento por fato imputável ao trabalhador, como atualmente chamado em Portugal, e o despedimento por justa causa, como nomeado no Brasil.

³⁷⁷ GARCÍA, Ìnes Rios y VÁZQUEZ, Ángela Álvares. *Las redes sociales (...) ops.cit.* pg. 87.

Analisada a evolução legislativa da matéria em Portugal, num primeiro momento, o despedimento por fato imputável ao trabalhador representava uma faculdade do empregador por fim ao contrato de trabalho, sem a necessidade de pagamento de prévio aviso. A dispensa do cumprimento do aviso prévio se dava em razão da urgência na ruptura contratual, ou em razão de alguma conduta do empregado ser tão grave ao ponto de não ser possível a subsistência da relação contratual, ou por motivos de impossibilidade prática da continuação do vínculo, como a falência da empresa.

Após 1975, essa sistemática foi alterada, representando a justa causa não mais um motivo a justificar o despedimento sem aviso prévio, mas a validar o despedimento em si, tolhendo a decisão empresarial de dispensar a qualquer motivo. Assim, o empregado somente poderia ser dispensado se incorresse em uma conduta que tornasse insubsistente a relação de emprego, atrelando-se a justa causa uma natureza exclusivamente disciplinar.

Passou então a vigor em Portugal o princípio da segurança no emprego, sendo necessário um motivo para o despedimento do trabalhador. Tal princípio ganhou força constitucional em 1976, com a promulgação da nova Carta Magna, incluso primeiramente no rol de direitos econômicos, sociais e culturais e, após 1982, pertencer ao rol dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores.

O despedimento por motivo atendível somente voltou a ser possível em 1988 mas, por entendimento do Tribunal Constitucional, este não estaria incluído no conceito de justo motivo contido na Constituição de 1976, não representando assim, a justa causa de despedimento.

No Brasil, o despedimento ainda não precisa ser vinculado a um motivo, sendo o empregador livre para tomar a decisão, não existindo o princípio da segurança ao empregado, com exceção do funcionário público, e algumas estabilidades provisórias, como da gestante e o acidentado, por exemplo. Por tal motivo, a justa causa ainda representa uma forma de cessação do vínculo sem a necessidade de pagar o aviso prévio, não havendo reintegração ao emprego se não validada pela Justiça.

Em um momento futuro, pode ser que esse quadro seja alterado, caso o Supremo Tribunal Federal julgue procedente ação direta de inconstitucionalidade com relação ao

Decreto que ratificou a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, o qual vincula a validade do despedimento a um justo motivo.

Apesar dessa distinção entre os ordenamentos jurídicos, os requisitos para aplicação da justa causa são parecidos, com exceção do sistema de tipificação legal da justa causa. Em Portugal, é adotado o modelo exemplificativo, existindo uma cláusula geral, cujo rol enunciativo dos motivos é meramente elucidativo, ao passo que no Brasil o rol de motivos é considerado taxativo, ou seja, somente aquelas condutas podem ser consideradas a fim de se aplicar a justa causa.

Em ambos os ordenamentos, para se aplicar a justa causa devem ser avaliados os mesmos requisitos. A conduta do empregado deve ser ilícita, correspondendo essa ilicitude ao incumprimento contratual que, quer por ação ou omissão, deixa de cumprir deveres contratuais ou legais específicos do contrato de trabalho.

Além do dever geral da boa-fé, que deve ser exercido em todos os negócios jurídicos, o dever principal do empregado é o cumprimento das atividades que lhe foram designadas. Os deveres acessórios ao contrato de trabalho podem estar relacionados ao dever principal, ou não.

Se houver essa interligação, serão exigidos quando da duração da prestação laboral, o que não ocorrerá aos deveres não relacionados, os quais poderão ser exigidos mesmo que fora do tempo e do local de trabalho nas chamadas condutas extralaborais, como o dever de urbanidade e lealdade, por exemplo.

A regra geral quanto às condutas extralaborais é a irrelevância destas ao empregador, especialmente as condutas relativas à vida privada do empregado. Ocorre que, algumas condutas podem interferir no contrato de trabalho e, somente quando estas forem graves o suficiente, a vida privada do obreiro poderá ser violada, a fim de se aplicar alguma sanção disciplinar.

Há de se guardar um nexo de causalidade entre a sanção aplicada e a infração disciplinar, não podendo haver dupla punição, ou seja, cada infração deve ser punida uma única vez. O tempo desta punição deve ocorrer em um curto espaço de tempo, em respeito

ao princípio da imediatidade. Não pode o empregador guardar tal fato para si e aplicar a sanção quando melhor lhe aprouver.

A fim de se evitar uma discriminação, o empregador deverá utilizar o mesmo critério de punição aos empregados, guardando-se as devidas peculiaridades do caso concreto, bem como o cargo do empregado no emprego, uma vez que de cada cargo se tem um grau de fidúcia diferente.

Além de todos esses requisitos, a conduta do agente deve ser grave o suficiente ao ponto de ser impossível a manutenção do vínculo de emprego. O empregador não deve manter um vínculo se mantiver receio que determinado obreiro venha a incidir novamente em determinada conduta, traduzindo-se essa incerteza na perda da confiança no empregado.

Todos os requisitos vistos são aplicados normalmente quando o ato ensejador da justa causa é praticado nas redes sociais. Não é necessária uma nova legislação a respeito, estando aptas as leis existentes para enquadramento destas condutas realizadas no meio digital.

No entanto, as redes sociais, por suas configurações, mecanismos e ferramentas, trazem novas discussões de antigos institutos. A questão da validade da prova, há muito já introduzida no ordenamento jurídico português e brasileiro, agora é analisada sob o prisma da rede social. A antiga discussão sobre o limite da liberdade de expressão e o direito de imagem de outro, bem como o direito de crítica, ganham um novo cenário, com possibilidade de dano e sua perpetuação antes jamais imaginada. Ou ainda a preclusão do poder de aplicação da justa causa, também é analisada através dos mecanismos das redes sociais.

Em primeiro lugar, deve-se analisar se a prova obtida é considerada lícita ou não, em razão de possível violação do direito à privacidade do empregado, uma vez que é o próprio empregado que muitas vezes expõe a sua vida nas redes sociais.

A preocupação com a intimidade da vida privada desde o início esteve ligada ao surgimento das novas tecnologias, tendo em vista ser associada o primeiro artigo ao uso das câmeras fotográficas, que na época eram consideradas uma novidade.

Tanto o Direito português quanto o brasileiro preveem a reserva da vida privada e sigilo de correspondência. Esse direito é analisado sob o prisma dos mecanismos existentes nas redes sociais. Se utilizarmos como exemplo o *Facebook*, é possível o controle de privacidade do usuário ou grupos em que participa.

Assim, essas questões devem ser estudadas, antes de se apurar se a prova obtida é lícita ou não. Nesse sentido, há duas decisões em Portugal que se debruçaram sobre o assunto, discutindo qual o tipo de grupo ou perfil dos usuários, a fim de se saber se a privacidade deste seria violada, e se haveria essa expectativa na sua mensagem.

Em ambos os casos, verificou-se que a intenção dos trabalhadores não era de ser preservadas as suas opiniões; pelo contrário, constatou-se que os trabalhadores queriam que as informações ali *postadas* se propagassem, afastando-se assim, uma possível violação de privacidade ou sigilo de correspondência.

A jurisprudência brasileira não adentrou na discussão se as redes sociais violariam ou não o direito de reserva da vida privada. O que se discute é, se informações obtidas de computadores de funcionários, sem qualquer política de uso por parte das empresas, poderiam violar ou não a reserva da vida privada e sigilo de correspondência e, assim, poderiam servir de prova.

Superada a questão da validade da prova, outro ponto que se ressalva é a possibilidade de propagação das informações postada e a manutenção de um possível dano. Sob este tópico, conclui-se que antigas discussões atinentes ao direito do trabalho, mormente os limites do direito de crítica em colisão ao direito ao bom nome da empresa, são retomadas com uma nova roupagem, diante dos mecanismos existentes nas redes sociais, como os botões de *curtir*, *comentar* e as *hashtags*. Como exemplo, se discute se um empregado que *curte* um comentário desrespeitoso feito por outro colaborador pode ser considerado como apoio, sendo grave o suficiente para aplicar a justa causa ou tal ato deve ser punido com uma pena mais branda.

Outra questão que pode trazer discussão é a preclusão no direito de punir. Uma vez a informação introduzida nas redes sociais, qual o prazo que se começa a contar para que o empregador tome alguma atitude, a fim de não se considerar perdão tácito.

A jurisprudência brasileira e portuguesa ainda não adentrou nessa discussão, mas ao que parece, o prazo seria da data de conhecimento pelo empregador, de possível mensagem ou publicação nas redes sociais, diante da lógica já aplicada na justa causa.

De tudo o que se estudou, a justa causa decorrente de atos praticados nas redes sociais não são novidades como fatos em si, mas em razão dos seus mecanismos, os aplicadores do direito se verão obrigados a discutir uma nova realidade, dentro das redes sociais. Mais uma vez, a casuística, grande razão de não existir uma fórmula para aplicação da justa causa, é quem mandará na validade ou não da justa causa.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coimbra: Almedina, 1999.

ABRANTES, José João. *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra Editora: Coimbra, 2004.

ABRANTES, José João. *O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do Trabalhador*. Estudos sobre o Código do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2017.

BADEN, Randy, et al. *Persona: an online social network with user-defined privacy*. ACM SIGCOMM Computer Communication Review. Vol. 39. No. 4. ACM, 2009.

BAPTISTA, Albino Mendes. *Jurisprudência do Trabalho anotada – relação individual do trabalho*. 2 ed. Lisboa: Editores e Livreiros. 1996.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2017.

BEVILAQUA. Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil – comentado por Clóvis Bevilacqua*. Edição histórica, 3 ed, Vol II. Rio de Janeiro: ED. Rio de Janeiro, 1977.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 7a Tiragem, tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

CAMPOS, Alice Pereira de. *Infracções disciplinares em redes sociais on-line*. In Estudos dedicados ao professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, volume III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4 ed revista. Coimbra: Coimbra Editoria, 2007.

CANOTILHO, J.J. GOMES e LEITE, Jorge. *A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos*, in AAVV, estudo em Homenagem ao Professor Doutor A. Ferrer-Correia, Vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 11 Ed. revista e atualizada. São Paulo: Método, 2015.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Edição revista e atualizada. 18 ed. São Paulo: Paz&Terra, 2017.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

Código do Trabalho – Pareceres, Vol. III. Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2004.

CORDEIRO, António Menezes. *A liberdade de expressão do trabalhador*. II Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, Coordenação António Moreira - conferência de abertura. Coimbra: Almedina, 1999.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 1984.

CORDEIRO, António Menezes. *Justas causas de despedimento*. Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, vol. II, Coordenação Pedro Romano Martinez. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997.

CORDEIRO, António Menezes. *O respeito pela esfera privada do trabalhador*. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias. Coordenação António Moreira. Coimbra: Almedina, 1998.

CORDEIRO, António Menezes. *Os direitos da personalidade na civilística portuguesa*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 61, Dezembro de 2001.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral, Tomo III (Pessoas – exercício jurídico). Coimbra: Almeida, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DRAY, Guilherme. *Justa causa e esfera privada*. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Vol. II. *Justa causa de despedimento*. Coimbra: Almedina, 2001.

DUARTE, Fábio e Frei, Klaus. *Redes Urbanas*. In: Duarte, Fábio; Quandt, Carlos; Souza, Queila. *O Tempo Das Redes*, São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 2008.

ELLISON, Nicole B. "Social network sites: Definition, history, and scholarship." *Journal of Computer-Mediated Communication* 13.1 (2007).

FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 17 ed. Coimbra: Almedina, 2014.

FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 18 ed. Coimbra: Almedina, 2017.

FESTAS, Davi de Oliveira. *O Direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código de Trabalho*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 64, n. 1-2, ano-2004.

FILHO, Evaristo Moraes. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

FILHO, Willis Santiago Guerra. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS, 2009.

GARCÍA, Ìnes Rios y VÁZQUEZ, Ángela Álvares. *Las redes sociales em las relaciones laborales*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid, n.39, 2015.

GIGLIO, Wagner. *Justa Causa*. 4 ed. São Paulo: LTR, 1993.

GIL, Otton. *A dispensa dos empregados da indústria e do comércio*. In Doutrinas Essenciais – Direito do Trabalho e Seguridade Social. Vol. II – Contrato de Trabalho.

DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. (organizadores). *Doutrinas Essenciais – Direito do Trabalho e Seguridade Social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Júlio. *Direito do Trabalho – Relações individuais*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUERRA. Amadeu *A privacidade no local de trabalho – as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados, uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004.

LACERDA, Dorval. *A falta grave no Direito do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1976.

LAMARCA, Antônio. *Contrato Individual de Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

LEITÃO, Luís Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 8 Ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MARTINEZ, Pedro Romano. MONTEIRO, Luís Miguel. VASCONCELOS, Joana. BRITO, Pedro Madeira de. DRAY, Guilherme. SILVA, Luís Gonçalves da. *Código do Trabalho anotado*. 11 ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MARTINEZ, Pedro Romano. MONTEIRO, Luís Miguel. VASCONCELOS, Joana. BRITO, Pedro Madeira de. DRAY, Guilherme. SILVA, Luís Gonçalves da. *Código do Trabalho anotado*. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação do contrato de trabalho*. 4. Ed. Cascais: Principia, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual da Justa causa*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Cristiane. *A liberdade de expressão nas redes sociais: direito de crítica do empregado x imagem e honra do empregador*. Revista de Direito do Trabalho – RDT, n. 157, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENEZES, António Menezes. *Inovações e Aspectos Constitucionais sobre o anteprojeto de Código de Trabalho*. In Código do Trabalho – Pareceres, Vol. III. Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2004.

MOREIRA, Teresa Coelho. *To be or not to be digital: o controlo das redes sociais “online” dos candidatos no processo de recrutamento*. In: Para Jorge Leite – Escrito Jurídicos Laborais. Volume I. Coordenação: João reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Stvdia ivridica 78, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MOREIRA, Tereza Coelho. *A privacidade dos trabalhadores e a utilização das redes sociais online: algumas questões*. Questões Laborais n. 41, ano XX, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MOREIRA, Tereza Coelho. *A privacidade dos trabalhadores e a utilização das redes sociais online: algumas questões*. Questões Laborais n. 41, ano XX, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, 18 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXIX, Universidade de Coimbra: Coimbra, 1993.

PINTO, Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003.

QUINTAS, Paula. *O direito à palavra no mundo do trabalho: liberdade de expressão ou delito de opinião?* Centro de Estudos Judiciários, Prontuário de Direito do Trabalho n. 76-77-78, Jan. Dez. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2000.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do Poder Disciplinar*. Coimbra: Almedina, 1993.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – situações laborais individuais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I – Dogmática geral*. 3. Coimbra: Almedina, 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário. *Factos da vida privada, prova ilícita e despedimento*. Questões Laborais n. 42. Coimbra: Almedina, 2013.

RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet, difusão de informação e jornalismo: elementos para discussão*. Metamorfoses jornalísticas 2, 2009.

REDINHA, Maria Regina. *Os direitos de personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão*. A Reforma do Código do Trabalho. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

REDINHA, Maria Regina. *Redes sociais: incidência laboral*. Centro de Estudos Judiciário – Prontuário de Direito do Trabalho, n. 87, Setembro-Dezembro. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

REIS, Raquel Tavares dos. *Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência*, Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho - Estudos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Ed Freitas Barros. 1981.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SAAD, Gabriel. *CLT Comentada*. 37 ed. São Paulo: LTr, 2004.

SAMPAIO, Aluysio. *Sobre o anteprojeto da Consolidação das leis do trabalho*. In Doutrinas Essenciais – Direito do Trabalho e Seguridade Social. Vol. II – Contrato de Trabalho. DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SÁNCHEZ ABRIL, Patricia, Avner Levin, and Alissa Del Riego. *Blurred boundaries: Social media privacy and the twenty - first - century employee*. American Business Law Journal 49.1, 2012.

SEIN, Jose Luis Goni. *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madri: Civitas, 1988.

SOUSA, Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol I, 19 ed. Atualizada. São Paulo: LTr, 2000.

VASCONCELOS, Joana. *O conceito de justa causa de despedimento – evolução legislativa e situação actual*. In Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Vol. II, Almedina: Coimbra, 2001.

VENTURA, Raul, *Lições de Direito do Trabalho*, In AAVV. *Estudos em homenagem ao prof. Raúl Ventura*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.

VERÍSSIMO, Joana, MACIAS, Maria e RODRIGUES, Sofia. *Implicações Jurídicas das Redes Sociais Na Internet: Um Novo Conceito De Privacidade?*. Mestrado em Direito 2011/2012 – FDUNL. disponível em www.fd.unl.pt.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Justa causa de despedimento: conceito e ônus da prova*. RDES, ano XXX, 1988, (III da 2. Série).

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Da justa causa de despedimento no contrato de trabalho*. Separata do volume XIV do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: 1965.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho*. 2 ed. actualizada e revisada. Verbo, 2014.